

DISERTASI

**POLITIK HUKUM DALAM PENGUJIAN PERATURAN DAERAH
DI INDONESIA**

***POLITIC OF LAW ON JUDICIAL REVIEW OF LOCAL GOVERNMENT
REGULATION IN INDONESIA***



OLEH

R.A Rini Anggraini, S.H., M.H

NIM.130730101004

PROGRAM STUDI DOKTOR ILMU HUKUM

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS JEMBER

JEMBER

2020

POLITIK HUKUM DALAM PENGUJIAN PERATURAN DAERAH

DI INDONESIA

***(POLITIC OF LAW ON JUDICIAL REVIEW OF LOCAL
GOVERNMENT REGULATION IN INDONESIA)***

Oleh

R.A Rini Anggraini, S.H., M.H
NIM.130730101004

Telah dipertahankan di depan Majelis Penguji dalam Ujian akhir Disertasi (Promosi) pada tanggal
14 Agustus 2020 dan dinyatakan
memenuhi syarat

Tim Promotor

Prof. Dr.
Promotor

Prof.Dr.
Ko Promotor

Jember, 14 Agustus 2020

Fakultas Hukum
Universitas Jember
Penjabat Dekan,

Penjabat Koordinator Program Studi
Doktor Ilmu Hukum

Dr. Moh Ali, S.H., M.H
NIP. 197210142005011002

Prof. Dr. Dominikus Rato, S.H.M.Si.
NIP. 195701051986031002

Disertasi

**POLITIK HUKUM DALAM PENGUJIAN PERATURAN DAERAH
DI INDONESIA**

Oleh

R.A Rini Anggraini, S.H., M.H
NIM.130730101004

Menyetujui
Promotor

Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, S.H., M.Hum.
NIP. 197105011993031001

Ko-Promotor

Ko-Promotor

Prof. Dr. Dominikus Rato, S.H., M.Si.
NIP : 195701051986031002

Dr. Aries Harianto, S.H., M.H.
NIP. 196912301999031001

Mengetahui
Ketua

Program Studi Doktor Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Jember

Prof. Dr. Dominikus Rato, S.H., M.Si.
NIP : 195701051986031002

SURAT PERNYATAAN ORISINALITAS

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : R.A Rini Anggraini, S.H., M.H

Nim : 130730101004

Program Studi : Doktor

Ilmu Hukum Fakultas : Hukum

Universitas : Jember

Dengan ini saya menyatakan bahwa:

1. Karya tulis disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Doktor, baik di Universitas Jember maupun di Perguruan Tinggi lainnya;
2. Disertasi ini murni gagasan, rumusan dan penelitian saya sendiri, tanpa bantuan pihaklain, kecuali arahan dari Tim Promotor dan Penguji;
3. Disertasi ini didalamnya tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan menyebutkan nama pengarang serta dicantumkan dalam daftar pustaka;
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya tulis (disertasi) ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku di Perguruan Tinggi ini.

Jember, 1 Agustus 2020
Yang Membuat Pernyataan

R.A Rini Anggraini, S.H., M.H

NIM. 130730101004

ABSTRAK

Kebijakan otonomi daerah dan desentralisasi kewenangan tidak hanya menyangkut pengalihan kewenangan dari atas ke bawah, tetapi pada pokoknya juga perlu diwujudkan atas dasar keprakarsaan dari bawah untuk mendorong tumbuhnya kemandirian pemerintahan daerah sendiri sebagai faktor yang menentukan keberhasilan kebijakan otonomi daerah itu. Dalam kultur masyarakat kita yang paternalistik, kebijakan desentralisasi dan otonomi daerah itu tidak akan berhasil apabila tidak dibarengi dengan upaya sadar untuk membangun keprakarsaan dan kemandirian daerah sendiri

.Berdasarkan Pasal 24 A ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara RI 1945 dan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung, memberi wewenang kepada Mahkamah Agung untuk “Menguji Peraturan Perundang-Undangan di bawah Undang-Undang”. Dengan merujuk Pasal 9 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 berarti Peraturan Perundang-Undangan yang dapat diuji oleh Mahkamah Agung adalah Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden atau Peraturan Daerah (Perda) terhadap Peraturan Perundang-Undangan yang lebih tinggi derajatnya.

Menurut Maria Farida Indrati, pengujian terhadap Perda tidak dilakukan oleh Mahkamah Agung. Menurut pakar ilmu Perundang-Undangan tersebut, hal itu terkait ketentuan Pasal 251 Ayat (1) dan Ayat (2) Undang-Undang No.23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, dimana kewenangan pengujian dan pembatalan Perda hanya ada pada Pemerintah Pusat apabila Perda tersebut bertentangan dengan peraturan Perundang-Undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum dan/atau kesusilaan. Artinya, yang berwenang membatalkan Perda berdasarkan *Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 itu ialah Presiden yang pelaksanaannya dilakukan oleh Gubernur melalui Keputusan Gubernur untuk pembatalan perda Kabupaten, dan Keputusan Menteri Dalam Negeri untuk Perda provinsi*. Tapi jikalau Pemerintah Daerah tidak puas dengan pembatalan Perda tersebut, maka pemerintah daerah bisa mengajukan keberatan ke Menteri Dalam Negeri untuk Perda Kabupaten/Kota, sedangkan untuk Perda Provinsi pengajuan keberatan kepada Presiden sebagaimana *ketentuan Pasal 251 Ayat (7) dan (8) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014*.

kesimpulan yang dapat disampaikan, yakni :

1. Ratio Legis pengaturan pembatalan perda dalam politik hukum nasional tentang otonomi daerah adalah untuk menjaga baik nilai kepastian hukum, keadilan hukum maupun kemanfaatan hukum, juga untuk tidak menimbulkan penafsiran tentang lembaga mana yang berwenang melakukan pembatalan terhadap perda.
2. kewenangan tunggal pembatalan Perda oleh MA pasca putusan Mk, secara konstitusional telah diatur dalam Pasal 24 UUD NRI Tahun 1945 yang tidak bertentangan dengan politik hukum nasional tentang otonomi daerah.

Kata kunci : peraturan daerah, pengujian (yudicial review), pengujian undang-undang.

ABSTRACT

The policy of regional autonomy and decentralization of authority not only concerns the transfer of authority from top to bottom, but in principle also need to be realized on the basis of keprakarsaan from the bottom to encourage the growth of independence of local government itself as a factor that determines the success of the policy of regional autonomy. In the culture of our society is paternalistic, the policy of decentralization and regional autonomy will not succeed if not coupled with a conscious effort to build keprakarsaan and independence of his own area

Based on Article 24 A paragraph (1) Undang-Undang dasar negara RI 1945 and the Law No. 5 Year 2004 on Supreme Court, gives authority to the Supreme Court to “Test the Laws and Regulations under the Act”. With reference to Article 9, paragraph (2) of Law Number 12 Year 2011 means the Laws and Regulations that can be tested by the Supreme Court is Government Regulation, Presidential Regulation or a Local Regulation (Perda) on the Laws and Regulations of a higher rank.

According to Maria Farida Indrati, the testing of the Regulation is not done by the Supreme Court. According to the expert knowledge of such regulations, it is related to the provisions of Article 251 Paragraph (1) and Paragraph (2) of Law No.23 of 2014 on Regional Government, where the authority of the testing and cancellation Regulation there is only the Central Government if such Regulations conflict with regulations of a higher, general interest and/or decency. That is, the authorities cancel the Regulation based on the Law No. 23 Year 2014 it is the President that the implementation is carried out by the Governor through the Governor's Decision to cancel the regional regulation of the District, and the Decision of the Minister of The interior to provincial Regulations. But if the Local Government is not satisfied with the cancellation of these Regulations, then the local government can be appealed against to The Minister of internal Affairs to the local Regulation of Regency/City, while Provincial Regulation the filing of objections to the President as the provisions of Article 251 Paragraph (7) and (8) of Law Number 23 of Year 2014.

the conclusion that can be delivered, namely :

1. Ratio Legislators setting cancellation of regional regulation in the politics of the national law on regional autonomy is to maintain the good value of legal certainty, justice and expediency of the law, also to do not rise to the interpretation about which agency is authorized to do the cancellation against the legislation.
2. the authority of a single cancellation of Perda by the supreme court after the decision of the constitutional Court, constitutionally, has been regulated in the Article 24 of the CONSTITUTION of 1945 which does not conflict with the politics of the national law on regional autonomy.

Keywords: local government regulation, Judicial review, Constitutional Law

RINGKASAN

Perubahan paradigma bernegara dari sentralistik menuju desentralistik telah melahirkan konsep otonomi daerah sebagai sarana untuk mewujudkan kemandirian dan demokratisasi di daerah. Seiring dengan gelombang reformasi 1998, telah menyebabkan terjadinya perubahan kondisi dan struktur ketatanegaraan Republik Indonesia seperti dewasa ini. Pada konteks tersebut, terbukalah peluang bagi bangsa Indonesia untuk mengubah paradigma pembangunan nasional dan wawasan penyelenggaraan negara dari berparadigma politik dan ekonomi pada masa sebelumnya menuju berparadigma hukum yang demokratis bagi kesejahteraan segenap warga negara dalam tataran desentralisasi kewenangan. Kebijakan otonomi daerah dan desentralisasi kewenangan tidak hanya menyangkut pengalihan kewenangan dari atas ke bawah, tetapi pada pokoknya juga perlu diwujudkan atas dasar keprakarsaan dari bawah untuk mendorong tumbuhnya kemandirian pemerintahan daerah sendiri sebagai faktor yang menentukan keberhasilan kebijakan otonomi daerah itu. Dalam kultur masyarakat kita yang paternalistik, kebijakan desentralisasi dan otonom. Dalam hal pemberian otonomi kepada daerah tentu berimplikasi pada berhaknya tiap-tiap daerah dalam mengurus dan mengatur sendiri pemerintahan daerah secara otonom atau mandiri, salah satu implikasi yang menjadi titik berat disini adalah di mana daerah diberi hak untuk membentuk dan menetapkan Peraturan daerah (selanjutnya disebut Perda) dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi daerah.⁴ Agar isi dan prosedur pembentukannya tidak bertentangan dengan prinsip negara kesatuan dan hukum nasional, maka terhadap Perda perlu diadakan pengawasan. Pengawasan tersebut merupakan implikasi dari adanya hubungan antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah apalagi skema- skema hubungan itu kemudian ternyata menggiring pada persoalan bagaimana kontrol atau pengendalian pemerintah pusat terhadap daerah melalui instrumen pengawasan, yang baik langsung maupun tidak langsung telah menyeret fungsi.

Ratio Legis pengaturan pembatalan peraturan daerah dalam politik hukum nasional tentang otonomi daerah adalah meminimalisir peraturan yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan. Pengaturan pembatalan peraturan daerah sebagai konsekuensi dari penyelarasan dan harmonisasi peraturan maupun kebijakan antara pusat dan daerah. Hal tersebut dikarenakan meskipun setiap daerah memiliki otonomi sebagai prinsip dari desentralisasi, akan tetapi pada dasarnya setiap peraturan harus mencerminkan kesatuan dan persatuan seperti yang terkandung dalam Pancasila sebagai dasar tujuan negara. Kewenangan tunggal pembatalan peraturan daerah oleh Mahkamah Agung pasca putusan Mahkamah Konstitusi secara konstitusional telah diatur dalam Pasal 24A Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pengujian legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undnag- undnag terhadap undnag-undang atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dilakukan oleh Mahkamah Agung melalui judicial review. Pengaturan tersebut menunjukkan bahwa pembatalan peraturan daerah oleh Mahkamah Agung adalah tidak bertentangan dengan politik hukum nasional tentang otonomi daerah. Kendati pengujian peraturan daerah bukan merupakan hal baru bagi Mahkamah Agung, akan tetapi dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi telah menutup celah lain dalam pengujian peraturan daerah dan menjadikan Mahkamah Agung satu-satunya pintu yang berwenang membatalkan peraturan daerah.

SUMMARY

Change the paradigm of the state from centralized towards decentralized has given birth to the concept of regional autonomy as a means to achieve independence and democratization in the region. Along with the wave of reform in 1998, has led to the occurrence of changes in the conditions and structure of the constitution of the Republic of Indonesia as of today. In that context, it opens opportunities for Indonesia to change the paradigm of national development and insight into the implementation of the state from the paradigms of political and economic in the past towards the paradigms of democratic law for the welfare of all citizens negara1 in the level of decentralization of authority. The policy of regional autonomy and decentralization of authority not only concerns the transfer of authority from top to bottom, but in principle also need to be realized on the basis of keprakarsaan from the bottom to encourage the growth of independence of local government itself as a factor that determines the success of the policy of regional autonomy. In the culture of our society is paternalistic, the policy of decentralization and autonomous. In the case of granting autonomy to the regions would have had implications on the berhaknya every area in the care and set their own regional government in autonomous or self-sufficient, one of the implications is here is where the regions were given the right to form and set a regional Regulation (hereinafter Regulation) and other regulations to implement autonomy.⁴ So that the contents and the procedure of its formation is not in conflict with the principles of the unitary state and the national law, then the Regulation need to be held surveillance. Such scrutiny is the implications of the relationship between the central government and local government especially schemes that relationship later turned out to dribble on the issue of how control or the control of the central government to the regions through the instruments of supervision, either directly or indirectly, has been dragging function.

Ratio Legislators setting the cancellation of regional regulation in the politics of the national law on regional autonomy is to minimize regulations that conflict with the provisions of the legislation are higher, common interests, and/or decency. Settings the cancellation of the regional regulation as a consequence of the alignment and harmonization of regulations and policies between the center and regions. That is because although each region has autonomy as a principle of decentralization, but basically any rules should reflect the unity and the unity as contained in the Pancasila as the basic state goals. Authority single the cancellation of the regional regulation by the Supreme Court after the decision of the Constitutional Court constitutionally has regulated in Article 24A of the Basic Law of the Republic of Indonesia Year 1945, the testing of the legality of the legislation under undnag - undnag against undnag legislation or legislation that is done by the Supreme Court through judicial review. The settings show that the cancellation regulations applicable by the Supreme Court is not in conflict with the politics of the national law on regional autonomy. Although testing of local regulations is not a new thing for the Supreme Court, but by the decision of the Constitutional Court has closed the gaps in the testing regulatory area and makes the Supreme Court the only door that authorities cancel the regional regulations.

KATA PENGANTAR

Penulis menyadari bahwa dalam proses penyelesaian disertasi ini telah melibatkan berbagai pihak, baik secara langsung maupun tidak langsung, perorangan maupun lembaga yang telah memberikan kontribusi dalam penyelesaian penyusunan disertasi ini. Untuk itu dalam kesempatan ini penulis ucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada yang penulis hormati:

1. Rektor Universitas Jember Bapak Dr. Ir. Iwan Taruna, M.Eng, yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk melanjutkan pendidikan pada program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember, demikian juga kepada mantan rektor Universitas Jember Drs. Moh. Hasan, M.Sc., Ph.D.;
2. Penjabat Dekan Fakultas Hukum Universitas Jember Bapak Dr. Moh Ali, S.H., M.H., demikian juga kepada mantan Dekan Fakultas Hukum Universitas Jember Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, M.Hum dan Dr. Nurul Ghufron, SH., MH.;
3. Penjabat Koordinator Program Doktor Ilmu Hukum Prof. Dr. Dominikus Rato, S.H., M.Si., demikian juga kepada mantan KPS Program Doktor Ilmu Hukum Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H. dan Prof. Dr. M. Khoidin, S.H., M.Hum., C.N.;
4. Para Dosen Program Doktor Ilmu Hukum yang telah memberikan ilmu dan pengetahuannya sebagai dasar penyusunan disertasi ini;
5. Para Penguji Pra Proposal Disertasi Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, M.Hum, Prof. Dr. Dominikus Rato, S.H., M.Si., Prof. Dr. Arief Amrullah, S.H., M.H., Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H., Prof. Dr. M. Khoidin, S.H., M.Hum., C.N., Dr. Harjono MCL, Dr. Jayus, S.H., M.Hum, Dr. Aries Harianto, S.H., M.H, yang telah memberikan masukan, kritik dan saran untuk penyempurnaan penelitian ini;
6. Tim Promotor Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, M.Hum, selaku Promotor dan Prof. Dr. Dominikus Rato, S.H., M.Si., Dr. Aries Harianto, S.H., M.H selaku Ko Promotor. Beliau berdua dengan kepakaran yang melekat telah meluangkan waktu dan memberikan kontribusi bagi terwujudnya disertasi ini. Melalui beliau dengan penuh kesabaran, kasih sayang, perhatian dan keikhlasannya telah memberikan dorongan, koreksi dan saran baik dari aspek metodologi penelitian maupun penyajian isi disertasi secara keseluruhan. Penulis benar-benar merasakan melalui beliau berdua telah membuka cakrawala, mendorong munculnya gagasan, ide-ide pembaharuan dalam bidang ilmu hukum khususnya hukum pertanahan. Untuk itu sekali lagi penulis menghaturkan penghormatan dan penghargaan yang setinggi-tingginya serta mengucapkan terima kasih

dengan iringan doa “semoga amal baik beliau diterima dan mendapat balasan dari Allah Yang Maha Kasih, Maha Sayang dan Maha Pemurah”.

7. Para Penguji Proposal Disertasi, Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, M.Hum, Prof. Dr. Dominikus Rato,S.H.,M.Si., Dr. Aries Harianto, S.H.M.H, Prof. Dr. Sadjiono S.H.,M.H, Prof. Dr. M. Khoidin,S.H.,M.Hum.,C.N., Dr. Jayus, S.H., M.Hum, Dr. Dyah Octorina S.H.,M.Hum, Dr. Ermanto S.H., M.Hum, Dr. Nurul Ghufron, SH., MH, yang telah memberikan masukan, kritik dan saran untuk penyempurnaan penelitian ini;
8. Para Penguji dan Undangan akademik Seminar Hasil Penelitian Disertasi, Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, M.Hum , Prof. Dr. Dominikus Rato,S.H.,M.Si., Prof. Dr. Arief Amrullah, S.H,. M.H., Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H.,M.H., Prof. Dr. M. Khoidin,S.H.,M.Hum.,C.N., Dr. Harjono MCL, Dr. Jayus, S.H., M.Hum, Dr. Aries Harianto, S.H., M.H yang telah memberikan masukan, kritik dan saran untuk penyempurnaan penelitian ini;
9. Tim penguji ujian tertutup Prof. Dr. Widodo Ekatjahjana, M.Hum , Prof. Dr. Dominikus Rato,S.H.,M.Si., Dr. Aries Harianto, S.H., M.H, Dr. Moh Ali,S.H.,M.H, Prof. Dr. Suko Wiyono, S.H., M.H, Prof. Dr. Arief Amrullah, S.H,. M.H., Dr. Jayus, S.H., M.Hum, Dr. Bayu Dwi Anggono, S.H.,M.H, Dr. Aan Effendi, S.H., M.H yang telah memberikan masukan, kritik dan saran untuk penyempurnaan penelitian ini;
10. Suami yang tercinta S. Wandyantoro S.H., M.si (alm) terimakasih atas dukunganya.;
11. Anak-anaku tersayang dr. Selly Puspita sari, M. Rocky Dian PP S.H., M Kn, Bangkit Delly Satria Nanda S.H, Oktarany Eka Rahmawati Kinasih S.P, Billy Satria Nanda S.T, Icha Tatrisya Derka S.T ;
12. Cucuku tersayang Gabriel Satria Pramono, Gevari Satria Pramono, Gisela Puspita Dyanrini Pramono terimakasih ya, kalian membuat mamacu semangat untuk menulis ;
13. Keluarga besar alm R.M Soedarmono dan almh R.A Soekasmi. Terimakasih atas kebersamaanya selama ini ;
14. Seluruh kolega dosen Fakultas Hukum Universitas Jember, terima kasih atas doa dan teguran-tegurannya yang menjadi motivasi bagi penulis untuk menyelesaikan disertasi ini;
15. Sekretaris Program Studi Doktor beserta staf administrasi akademik Fakultas Hukum Universitas Jember yang telah banyak membantu proses administrasi penyelenggaraan pendidikan yang sangat penulis butuhkan;

16. Teman-teman Angkatan Doktoral. Dr. Ivida Dewi Amrih Suci, Dr. Izudin, Mas Martoyo, Mbak Rini, Mas Iwan, Mbak Galuh, Mbak Catur dan teman-teman yang tidak disebutkan terima kasih atas doa dan persahabatannya;

Penulis menyadari bahwa penyusunan penulisan tugas akhir yang berupa disertasi ini laksana setetes air yang jatuh dalam luasnya samudra, permasalahan dan carut marutnya penyelesaian sengketa pertanahan di Indonesia masih diperlukannya format dan desain yang tepat dan terarah sesuai dengan yang diamanatkan konstitusi. Penulis berharap semoga disertasi ini dapat sedikit memberikan manfaat bagi para akademisi dan praktisi ilmu hukum, khususnya bidang Hukum Pertanahan serta dapat dijadikan salah satu rujukan bagi peneliti atau penulis karya ilmiah lainnya. Akhir kata penulis berbesar hati apabila para pembaca sudi memberikan kritik, saran dan masukan dalam rangka proses penulisan dan penelitian berikutnya.

Jember, 14 Agustus, 2020

Penulis

R.A Rini Anggraini., S.H., M.H

DAFTAR ISI

	Hal
HALAMAN JUDUL.....	I
HALAMAN PERSETUJUAN.....	Ii
HALAMAN PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI.....	Iii
DAFTAR ISI.....	iv
BAB I PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Rumusan Masalah.....	14
1.3 Tujuan Penelitian.....	15
1.4 Manfaat Penelitian.....	15
1.5 Orisinalitas Penelitian.....	16
1.6. Disain Penelitian.....	18
1.7 Metode Penelitian.....	20
1.7.1 Tipe Penelitian.....	20
1.7.2 Pendekatan Penelitian.....	21
1.7.3 Sumber Bahan Hukum.....	23
1.7.4 Pengumpulan Bahan Hukum.....	24
1.7.5 Analisa Bahan Hukum.....	25
1.7. Sistematika Penulisan.....	26
BAB II KERANGKA TEORI DAN KONSEPTUAL.....	29
2.1 Kerangka Teoritis.....	29
2.1.1. Teori Negara Hukum.....	29
2.1.2. Teori Pemisahan dan Pembagian Kekuasaan dalam Perspektif Desentralisasi	36
2.1.3. Teori Stufenbau Hans Kelsen : Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan.....	51
2.1.4. Teori Kewenangan	55
2.1.5 Teori Ketidakteraturan Hukum.....	61
2.2 Kerangka Konseptual	66
2.2.1. Konsep Politik Hukum... ..	66
2.2.2 Konsep Otonomi Daerah	70

2.2.3.	Peraturan Daerah Sebagai Landasan Penyelenggaraan Pemerintahan di Daerah	77
2.2.4.	Konsep Pengujian Norma Hukum	81
2.2.5.	Konsep Tujuan Hukum.....	90
2.2.6.	Teori Keadilan	94
2.2.7.	Prinsip-prinsip Demokrasi yang Berlaku Universal	101

**BAB III PENGATURAN PEMBATALAN PERATURAN DAERAH
DALAM POLITIK HUKUM NASIONAL TENTANG OTONOMI
DAERAH..... 105**

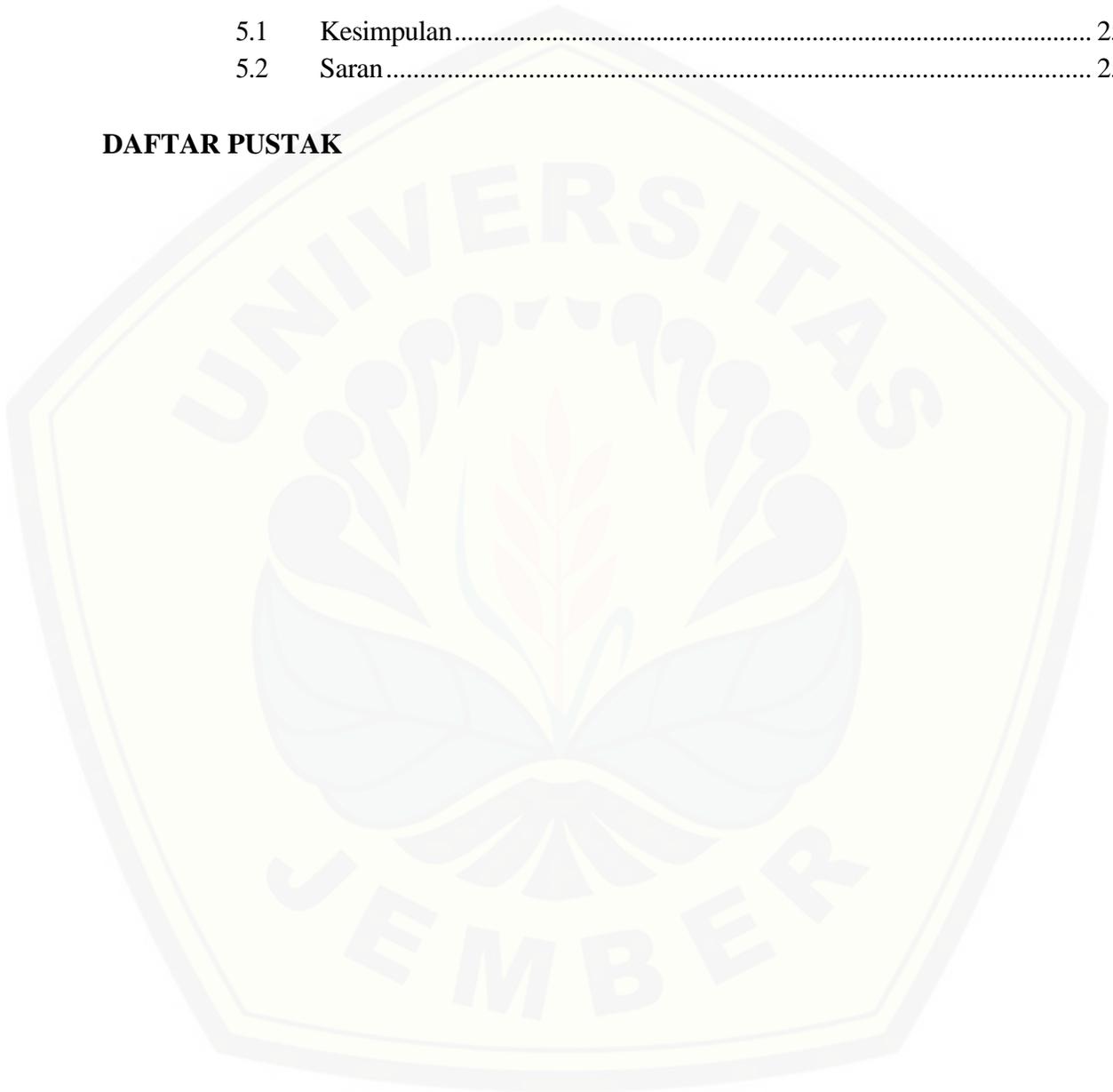
3.1	Politik Hukum Nasional Tentang Otonomi Daerah	105
3.2	Urgensi Peraturan Daerah Dalam Kerangka Otonomi Daerah	133
3.3	Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah di Era Otonomi Daerah	139
3.3.1	Pertimbangan Filsafat Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah Di Era Otonomi Daerah.....	157
3.3.2	Pertimbangan Yuridis Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah Di Era Otonomi Daerah.....	159
3.3.3	Pertimbangan Teoritis Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah Di Era Otonomi Daerah	173
3.3.4	Pertimbangan Sosiologis Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah di Era Otonomi Daerah.....	195

**BAB IV KEWENANGAN TUNGGAL PEMBATALAN PERDA OLEH
MAHKAMAH AGUNG PASCA PUTUSAN MAHKAMAH
KONSTITUSI DINTINJAU DARI POLITIK HUKUM NASIONAL
TENTANG OTONOMI DAERAH..... 202**

4.1	Ratio Decidendi Putusan Mahkamah Konstitusi.....	202
4.1.1	Mahkamah Konstitusi	206
4.1.2	Wewenang Mahkamah Konstitusi	208
4.1.3	Tafsir Konstitusi	211
4.2	Tafsir Baru Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah Menurut Mahkamah Konstitusi	214
4.2.1	Problem Filsafat Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 137/PUU-XIII/2015	227
4.2.2	Problem Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 137/PUU-XIII/2015.....	230
4.2.3	Problem Teoritis Putusan Mahkamah Konstitusi RI	

	No.137/PUU-XIII/2015.....	235
4.2.4	Problem Sosiologis Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 137/PUU-XIII/2015.....	242
4.3	Lembaga Pengujian Peraturan Daerah Di Beberapa Negara.....	246
BAB V	PENUTUP.....	255
5.1	Kesimpulan.....	255
5.2	Saran.....	256

DAFTAR PUSTAK



BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Konsep otonomi daerah sebagai implementasi dari kemandirian dan demokratisasi daerah merupakan wujud dari perubahan paradigma desentralistik yang semula sentralistik. Perubahan yang terjadi pada Reformasi Tahun 1998, sebagai asal muasal dari perubahan struktur dan konsisi ketatanegaraan Negara Republik Indonesia. Fenomena reformasi membuka peluang bagi warga negara Indonesia untuk mengubah paradigma pembangunan nasional dan wawasan penyelenggaraan negara dari berparadigma politik dan ekonomi pada masa sebelumnya menuju berparadigma hukum yang demokratis bagi kesejahteraan segenap warga negara¹ dalam tataran desentralisasi kewenangan.

Kebijakan mengenai desentralisasi dan kebijakan otonomi daerah tidak sebatas mengenai pengalihan kewenangan *up to down*, akan tetapi konsep desentralisasi adalah upaya untuk mendorong pemerintah daerah untuk bersiafat mandiri sebagai faktor pembeda keberhasilan antar daerah. Budaya masyarakat Indonesia yang paternalistik akan mempengaruhi tingkat keberhasilan kebijakan otonomi daerah dan desentralisasi, terlebih jika tidak

¹Jimly Asshiddiqie, *Negara Hukum Indonesia: Paradigma Penyelenggaraan Negara Dan Pembangunan Nasional Berwawasan Hukum*, Makalah disampaikan pada Pertemuan Nasional Ormas-Ormas Kristen di Jakarta, 10 November 2005, diakses dari <http://www.jimly.com>, diakses pada tanggal 10 Februari 2011, 2005, hlm 15, Jazim Hamidi, *Paradigma Baru Pembentukan dan Analisis Daerah (Studi atas Perda Pelayanan Publik dan Perda Keterbukaan Informas Publik)*, Jurnal Hukum No.3, Vol 18, Juli 2011

didukung dengan kesadaran dan upaya membangun kemandirian dan keprakarsaan dari daerah yang bersangkutan.

Wujud dari upaya penunjang pelaksanaan kewenangan yang diberikan sebagai daerah otonom, Daerah Provinsi, Kota dan Kabupaten, kemudian dilimpahkan kewenangan untuk menyelenggarakan sistem regulasi yang juga bersifat otonom, regulasi yang dimaksud adalah Peraturan Daerah (Perda). Amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menetapkan Peraturan Daerah sebagai produk hukum dalam hierarki peraturan perundang-undangan, mengingat sebelumnya hanya ditetapkan dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Landasan hukum Peraturan Daerah yang bersumber dari Undang-Undang Dasar 1945 mengharuskan peraturan tersebut untuk mengemban cita hukum (*rechtsidee*) bangsa dan pembangunan hukum berdasarkan Pancasila dan yang ditetapkan dalam Undang-Undang Dasar 1945. Cita-cita tersebut mengacu pada tiga karakteristik dari negara hukum, yaitu: demokratis, berkeadilan sosial (Adil) dan berperikemanusiaan (penegakan Hak Asasi Manusia). Ketiga karakteristik hukum tersebut juga merupakan ideaitas dan konsepsi dari hukum modern yang telah diperjuangkan oleh sebagian besar negara dibelahan dunia. Ketiga watak hukum tersebut berlandaskan pada sifat fundamental dan konrati manusia yang sadar akan hak asasi masing-masing yang memperjuangkan harkat, martabat, kebebasan dan kesamaan.

Pasal 18 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengamanatkan bahwa wilayah kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah

provinsi dan daerah provinsi dibagi lagi atas daerah kabupaten dan kota,² yang masing-masing sebagai daerah otonomi. Sejarah mengenai pembentukan pemerintahan daerah telah terditeksi terjadi sejak tahun 1948 di Indonesia, sampai saat ini dapat diwujudkan dalam landasan hukum peraturan perundang-undangan yaitu Undnag-Undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Undang-undang tersebut merupakan landasan tentang otonomi daerah, sehingga sebagai daerah otonomi maka pemerintahan daerah dalam menjalankan fungsi-fungsinya didukung dengan pembentukan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD). Lembaga eksekutif di Daerah direpresentasikan oleh Kepala daerah provinsi dan kabupaten/kota, sedangkan lembaga legislatif daerah yaitu provinsi dan kabupaten/kota direpresentasikan oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Pemberian kewenangan otonomi daerah memiliki implikasi terhadap beberapa sektor tidak terkecuali terhadap hak-hak daerah untuk mengatur dan mngurus sendiri secara mandiri dan otonom pemerintahan daerah yang berangkutan. Pembentukan peraturan daerah pada kenyataannya merupakan efek yang paling berat dari otonomi yang dimaksud.³ Sehingga untuk dan agar substansi maupun prosedur pembentukan peraturan daerah tetap dalam ranah koridor yang tidak bertentangan dengan konstitusi dan prinsip kesatuan Republik Indonesia, maka diperlukan pengawasan terhadap Pemerintahan Daerah. Pengawasan tersebut merupakan implikasi dari adanya hubungan antara pemerintah daerah dan pemerintah pusat, terlebih hubungan itu kemudian

² Lihat Pasal 18 UUD NRI 1945.

³ Lihat Pasal 18 ayat (6) UUD NRI Tahun 1945.

ternyata menggiring pada persoalan bagaimana kontrol atau pengendalian pemerintah pusat terhadap daerah melalui instrumen pengawasan, yang baik langsung maupun tidak langsung telah menyeret fungsi pemerintah sebagai badan eksekutif masuk ke ranah fungsi yudisial yang lazimnya menjadi otoritas badan yudikatif.⁴

Peraturan Daerah merupakan Peraturan Perundang-Undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dengan persetujuan bersama Kepala Daerah. Landasan konstitusional Peraturan Daerah adalah Pasal 18 ayat (6) Undang-Undang Dasar Negara RI tahun 1945 yang keberadaannya merupakan untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan. Meteri muatan Peraturan daerah berdasarkan Pasal 14 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 adalah seluruh materi muatan dalam rangka: a. penyelenggaraan otonomi dan tugas pembantuan; b. menampung kondisi khusus daerah; serta c. penjabaran lebih lanjut Peraturan Perundang-Undangan yang lebih tinggi.⁵

Berdasarkan Pasal 24 A ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara RI 1945 dan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung, memberi wewenang kepada Mahkamah Agung untuk “Menguji Peraturan Perundang-Undangan di bawah Undang-Undang”. Dengan merujuk Pasal 9 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 berarti Peraturan Perundang-Undangan yang dapat diuji oleh Mahkamah Agung adalah Peraturan Pemerintah,

⁴Widodo Ekathahjana, *Pengujian Perundang-Undangan Dan Sistem Peradilannya di Indonesia*, Jakarta, Pustaka Sutra, 2008, hlm. 37

⁵Undang-undang republik Indonesia nomor 12 tahun 2011, tentang Perundang-Undangan.

Peraturan Presiden atau Peraturan Daerah (Perda) terhadap Peraturan Perundang-Undangan yang lebih tinggi derajatnya.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah pernah mengamantakan Pengujian terhadap peraturan daerah dilakukan pemerintah melalui Kementerian Dalam Negeri. Ketentuan tersebut tidak sepenuhnya diterima baik oleh daerah-daerah, pada kenyataannya banyak daerah yang merasa keberatan jika peraturan daerah yang telah dibuat dengan susah payah, membutuhkan biaya yang banyak dan waktu yang lama dan melibatkan wakil rakyat pada Dewan Perwakilan Rakyat Daerah pada akhirnya dibatalkan oleh Menteri Dalam Negeri, sehingga banyak daerah berpendapat oleh karena peraturan daerah yang sudah disahkan dan dibuat dengan cara yang benar untuk kepentingan rakyat, tidak begitu saja dapat dibatalkan dan seandainya dibatalkan pun harus melalui prosedur hukum yang sesuai dengan hierarki pembentukan peraturan perundang-undangan dalam Pasal 7 UU No.12 Tahun 2011 yaitu:

1. Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
3. Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peraturan daerah Provinsi
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

Perdebatan mengenai berlakunya pengujian pembatalan terhadap Perda menjadi pertanyaan tersendiri di era otonomi daerah ini, mengingat Perda adalah produk kepala daerah dan DPRD di suatu daerah yang bersifat otonom sedangkan salah satu dampak positif berkembangnya ide otonomi daerah adalah menguatnya eksistensi Perda sebagai produk legislatif daerah yang memungkinkan pengembangan segala potensi kekhasan daerah mendapat payung yuridis yang jelas. Sebagian kalangan memandang Perda merupakan *Local Wet*, yang mempunyai prototipe yang sebangun dengan Undang-Undang (*Wet*) di tingkat pusat. Dilihat dari ruang lingkup materi muatan, cara perumusan, pembentukan dan pengundangannya, kedudukannya dalam tata urutan (hirarkis) peraturan perundang-undangan pembentukan dan pengundangannya, kedudukannya dalam tata urutan serta daya berlakunya sebagai norma hukum, sebagaimana ditentukan dalam Undang- Undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan memang pandangan yang melihat hal ini sebagai produk hukum yang mandiri tidak berlebihan.

Menurut Maria Farida Indrati,⁶ pengujian terhadap Perda tidak dilakukan oleh Mahkamah Agung. Menurut pakar ilmu Perundang-Undangan tersebut, hal itu terkait ketentuan Pasal 251 Ayat (1) dan Ayat (2) Undang-Undang No.23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, dimana kewenangan pengujian dan pembatalan Perda hanya ada pada Pemerintah Pusat⁷ apabila Perda

⁶Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan; Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Jakarta: Kanisius, 1998, hlm. 32

⁷ Pusat adalah Presiden Republik Indonesia yang memegang kekuasaan pemerintahan negara Republik Indonesia yang dibantu oleh Wakil Presiden dan menteri sebagaimana dimaksud Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

tersebut bertentangan dengan peraturan Perundang-Undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum dan/atau kesusilaan. Artinya, yang berwenang membatalkan Perda berdasarkan *Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014* itu ialah Presiden yang pelaksanaannya dilakukan oleh Gubernur melalui Keputusan Gubernur untuk pembatalan perda Kabupaten, dan Keputusan Menteri Dalam Negeri untuk Perda provinsi. Tapi jikalau Pemerintah Daerah tidak puas dengan pembatalan Perda tersebut, maka pemerintah daerah bisa mengajukan keberatan ke Menteri Dalam Negeri untuk Perda Kabupaten/Kota, sedangkan untuk Perda Provinsi pengajuan keberatan kepada Presiden sebagaimana ketentuan Pasal 251 Ayat (7) dan (8) *Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014*.

Dari segi materi muatan, Perda adalah Peraturan yang paling banyak menanggung beban. Sebagai Peraturan terendah dalam hierarki Peraturan Perundang-Undangan. Perda secara teoritik memiliki tingkat fleksibilitas yang sempit karena tidak boleh menyimpang dari sekat-sekat Peraturan Nasional yang ratusan jumlahnya. Dalam pendekatan *Stufenbau des Recht* (tingkatan Perundang-Undangan) yang diajarkan Hans Kelsen, Hukum Positif (Peraturan) dikonstruksi berjenjang dan berlapis-lapis, Peraturan yang rendah bersumber dari dan tidak boleh bertentangan dengan Peraturan yang lebih tinggi. Teori tersebutlah kemudian dalam ilmu hukum turun menjadi asas "*lex superior derogate legis inferiori*" (perundangan-undangan yang lebih rendah harus berpedoman kepada Perundang-Undangan yang lebih tinggi).

Dalam nalar lain, Perda dianggap sebagai peraturan yang paling dekat untuk mengagregasi nilai-nilai masyarakat di daerah. Peluang ini terbuka karena Perda dapat dimuati dengan nilai-nilai yang diidentifikasi sebagai kondisi khusus Daerah. Oleh karena itulah banyak Perda yang materi muatannya mengatur tentang Pemerintahan terendah yang bercorak lokal seperti Nagari di Sumatera Barat, Kampong di Aceh, atau yang terkait pengelolaan sumberdaya alam seperti Perda pengelolaan hutan berbasis masyarakat, hutan rakyat, pertambangan rakyat dan lain sebagainya.

Disamping itu, posisi Perda yang terbuka sering juga menjadi instrumen Pemerintah Daerah untuk meningkatkan pendapatan asli Daerah melalui pungutan yang timbul dari Perda Pajak Daerah atau Perda Retribusi Daerah. Perda jenis terakhir inilah yang paling mendominasi jumlah Perda sepanjang Otonomi Daerah yang bergulir sejak berlakunya Undang-Undang Nomor. 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 dan kini diganti lagi dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014.

Sejak Otonomi Daerah digulirkan, sudah ribuan Perda dibuat oleh Pemerintah Daerah baik pada level Propinsi maupun Kabupaten/Kota. Data yang diperoleh dari Departemen Keuangan, Monitoring Perda Tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah dari Tahun 2001 sampai dengan 27-11-2010, Perda yang diterima dan telah dievaluasi sebanyak 9,408. Perda layak untuk tetap dilaksanakan 4,523. Direkomendasi Menkeu untuk direvisi/dibatalkan 4,885. Jumlah Perda Provinsi, Kabupaten/Kota yang dibatalkan dengan SK Mendagri dari Tahun 2002 sampai dengan 2009 sebanyak 1,878. Jumlah Perda Provinsi,

Kabupaten/Kota yang dihentikan pungutannya dengan surat klarifikasi Mendagri dari Januari sampai dengan Oktober 2010 sebanyak 329, yang masih dalam proses pembatalan 2,678.⁸

Urusan pemerintahan yang dilaksanakan oleh pelaksanaannya diatur dalam perda. Hal ini mengakibatkan Perda makin mempunyai kedudukan yang strategis dalam kehidupan berbangsa dan bernegara atau dengan kata lain peran Perda dalam melaksanakan urusan pemerintahan menjadi sangat besar. Kedudukan yang strategis dari Perda dalam menjalankan urusan pemerintahan dapat menjadi baik jika pembentukan Perda tersebut dilakukan dengan baik dan menjadi kontra produktif jika dilakukan dengan tidak baik.

Dalam peraturan perundang-undangan, Perda memiliki posisi yang unik karena meski kedudukan Perda berada di bawah Undang-Undang, tetapi tidak terdapat kesatuan pendapat antara para pakar mengenai siapa sebenarnya yang berwenang mengujinya. Perdebatan mengenai berlakunya *executive review* dan *judicial review* terhadap Perda menjadi pertanyaan tersendiri di era otonomi daerah saat ini mengingat Perda adalah produk Kepala Daerah dan DPRD di suatu daerah yang bersifat otonom.

Pakar Hukum Tata Negara, Sri Soementri menjelaskan ada berbagai macam cara pembatalan Perda karena ada beberapa pihak yang mempunyai hak uji terhadap Perda. Hak uji dilakukan bukan hanya oleh Mahkamah Agung, tapi

⁸Lihat Rakyat Merdeka Online- Kemendagri Tuding UU Pemda jadi Penyebab Utamanya, <<http://m.rmol.co/news.php?id>>

juga oleh pemerintah, ada yang oleh Presiden, ada yang oleh Menteri Dalam Negeri.⁹

Berbeda dengan pendapat tersebut, menurut Jimly Asshiddiqie menyatakan, “Perda sebagai hasil kerja Kepala Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) tidak dapat dibatalkan oleh keputusan sepihak dari pemerintah pusat begitu saja”.¹⁰ Lebih lanjut, Jimly Asshiddiqie berpendapat, bahwa pemerintah pusat sudah seharusnya tidak diberi kewenangan oleh undang-undang untuk mencabut Perda sebagaimana diatur oleh Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, tetapi yang berwenang menguji Perda adalah Mahkamah Agung sebagaimana ketentuan Pasal 24-A Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945.

Berdasarkan polemik di atas dapat dipahami bahwa telah terjadi konflik norma menyangkut pengujian atau pembatalan perda oleh pemerintah. Bahkan lebih dari itu telah terjadi dis-sinkronisasi peraturan perundang-undangan terhadap UUD Negara RI tahun 1945. Fakta hukum terjadinya konflik norma tersebut dapat dipahami dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada. Di dalam Undang-Undang No.23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 251 Ayat (1) dan Ayat (2) disebutkan :

⁹www.hukumonline.com (27 06 2006).Senada dengan Prof. Sri Soemantri.Direktur Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Bivitri menilai bahwa terhadap Perda dapat dilakukan *executive review* dan *judicial review*; “Sebenarnya ada dua lembaga (yang berwenang *me-review*). Pertama, sesuai Pasal 145 UU No.32 Tahun 2004 ada kewajiban mengirimkan semua Perda yang sudah ditandatangani ke Kemendagri untuk *di-review*. Kalau Perda tidak sesuai perujuan, bisa dibatalkan. Kalau kemudian Pemda dan DPRD tidak puas, bisa *challenge* ke MA. Kemudian yang kedua (oleh) MA, melalui mekanisme *judicial review*”, demikian ulasan menurut Bivitri.

¹⁰ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hlm. 37-39.

- (1) Perda Provinsi dan peraturan gubernur yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh Menteri.
- (2) Perda Kabupaten/Kota dan peraturan bupati/wali kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat.

Sementara dalam UU No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Per UU an Pasal 9 Ayat (2) disebutkan :

Dalam hal suatu Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang diduga bertentangan dengan Undang-Undang, pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Agung.

Dari ketentuan dua ketentuan di atas dapat dipahami bahwa secara hukum antara UU No.23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 251 Ayat (1) dan Ayat (2) konflik norma dengan UU No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan PerUUangan Pasal 9 Ayat (2). Lebih dari itu antara Pasal 251 Ayat (1) Ayat (2) UU No.23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah mengindikasikan dis-sinkronisasi terhadap Pasal 24-A UUD Negara RI Tahun 1945 yang isinya adalah :

Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang- undang.

Perda menurut Pasal 7 Ayat (1) UU No.12 Tahun 2011 disebutkan :Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

- a. UUD Negara RI th 1945
- b. Ketetapan MPR

- c. UU/Perpu
- d. PP
- e. Perpres
- f. Perda Provinsi
- g. Perda Kabupaten/kota

Dengan demikian dapat dimengerti kalau posisi hirarki perda di bawah Undang-Undang.

Pengawasan represif yang dianut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah dapat dilihat dalam pembentukan Perda yang telah ditetapkan dan disetujui oleh DPRD dapat langsung diberlakukan tanpa menunggu pengesahan dari Pemerintah Pusat dahulu, tetapi untuk menjaga agar Pemerintah Daerah tidak melakukan tindakan yang bertentangan dengan koridor Negara Kesatuan, maka dibuatlah ketentuan yang menyatakan bahwa Perda yang telah disahkan (dan telah berlaku) harus diberitahukan kepada Pemerintah Pusat. Hal ini terdapat dalam ketentuan Pasal 249 Ayat (1) dan Ayat (3) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan daerah, yang menyatakan sebagai berikut :

- (1) Gubernur wajib menyampaikan Perda Provinsi dan peraturan gubernur kepada Menteri paling lama 7 (tujuh) Hari setelah ditetapkan.
- (2) Bupati / walikota wajib menyampaikan Perda Kota Provinsi dan peraturan Bupati / Walikota kepada Gubernur paling lama 7 (tujuh) Hari setelah ditetapkan.

Ketentuan Pasal 251 Ayat (1) dan Ayat (2) tersebut di atas dapat menjadi problem tersendiri bagi daerah, karena bisa saja pemerintah membatalkan Perda

yang telah ditetapkan dan diberlakukan kepada masyarakat. Untuk itu Pemerintah Daerah harus berhati-hati dan memperhatikan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi serta kepentingan masyarakat banyak di daerahnya, sehingga Perda yang telah disahkan Pemerintah Daerah tidak mudah dibatalkan oleh Pemerintah Pusat. Selain itu akibat dari pengawasan pemerintah terhadap Perda sudah tentu menimbulkan konsekuensi-konsekuensi hukum yang mesti dipatuhi oleh daerah di satu sisi, sementara di sisi lain tidak menutup kemungkinan bahwa pengawasan dimaksud justru kontraproduktif dengan isu dan aspirasi daerah yang diakomodasikan dalam perda.

Pemaparan tersebut di atas menunjukkan bahwa pengaturan pengujian perda yang dilakukan oleh pemerintah secara filosofis indikasi penyimpangan fungsi dan tujuan negara hukum yang menegaskan prinsip demokrasi menyangkut pengujian perda dalam perspektif otoda (ontologi). Sisi lain mekanisme pengujian perda itu sendiri juga bertentangan dengan konstitusi. Dengan demikian maka dapat dipahami, perihal pengujian perda yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang pemerintahan daerah dalam tataran normatif merupakan wujud ketidakpastian hukum mengingat di dalamnya dikandung makna adanya inkonsistensi pembagian kekuasaan antara eksekutif, legislatif dan yudikatif yang merugikan aspirasi masyarakat di daerah (aksiologi).

Peraturan Daerah hakekatnya merupakan produk hukum daerah yang dibentuk melalui proses yang demokratis melalui lembaga perwakilan DPRD dan Gubernur ataupun Bupati/Walikota. Oleh karena itu seringkali perda

disebut sebagai *local wet* yang sejatinya sama dengan undang-undang, yang membedakannya hanya lingkup berlakunya. Jika undang-undang berlaku secara nasional maka peraturan daerah berlaku pada wilayah provinsi atau kabupaten dimana peraturan daerah tersebut dibentuk.

Dalam sidang pleno Mahkamah Konstitusi yang terbuka untuk umum pada tanggal 5 April 2017, melalui Putusan Nomor 137/PUU-XIII/2015 menyatakan, Pasal 251 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah terkait dengan kewenangan pembatalan peraturan daerah kabupaten/ kota tidak lagi bisa dibatalkan oleh Menteri Dalam Negeri atau gubernur. Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor:137/PUU- XIII/2015 yaitu dalam membatalkan Perda Kabupaten/Kota menggunakan keputusan gubernur sebagai wakil pemerintah pusat seperti yang dimaksud dalam pasal 251 ayat (4) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, menurut Mahkamah tidak sejalan dengan rezim peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Berdasarkan uraian isu hukum dan latar belakang yang telah disampaikan di atas maka melalui disertasi ini akan diangkat penelitian disertasi dengan judul: **Politik Hukum Dalam Pengujian Peraturan Daerah di Indonesia.**

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian pada latar belakang di atas maka isu hukum yang akan dijawab dalam penelitian disertasi ini adalah :

1. Apa ratio legis pengaturan pembatalan peraturan daerah dalam politik hukum nasional tentang otonomi daerah?

2. Apakah kewenangan tunggal pembatalan peraturan daerah oleh Mahkamah Agung pasca putusan Mahkamah Konstitusi tidak bertentangan dengan politik hukum nasional tentang otonomi daerah?

1.3 Tujuan Penelitian

Tujuan yang hendak dicapai dari penelitian hukum normatif ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengkaji dan menganalisis serta menemukan ratio legis pengaturan pembatalan peraturan daerah dalam politik hukum nasional tentang otonomi daerah;
2. Untuk mengkaji dan menganalisis serta menemukan alasan kewenangan tunggal pembatalan peraturan daerah pasca putusan MK tidak bertentangan dengan politik hukum nasional tentang otonomi daerah.

1.4 Manfaat Penelitian

Penelitian disertasi ini diharapkan dapat memberikan manfaat baik secara teoritis maupun secara praktis. Manfaat yang diharapkan dari penelitian disertasi ini adalah :

1. Secara teoritis

Membangun nilai tambah di bidang ilmu hukum khususnya pengembangan teori hukum tata negara menyangkut politik hukum pengujian peraturan daerah dengan harapan dapat meningkatkan khasanah akademik dalam rangka pengembangan otonomi daerah.

2. Secara praktis

Secara fungsional akan memberikan kontribusi konkrit dalam rangka penyempurnaan peraturan perundang-undangan di bidang pemerintahan daerah khususnya menyangkut pengujian terhadap peraturan daerah.

1.5. Orisinalitas Penelitian

Untuk membuktikan orisinalitas penelitian sebagai wujud pertanggungjawaban akademik maka dirasa perlu untuk menyampaikan beberapa hasil penelitian dalam bentuk disertasi dalam rumpun ilmu hukum tata negara terutama yang berkaitan dengan isu hukum pemerintahan daerah / otonomi daerah.

Berikut ini disajikan beberapa bukti hasil penelitian dimaksud antara lain :

1. Endang Retnowati melalui disertasinya telah melakukan penelitian berjudul Kewenangan Pengelolaan Pelabuhan perikanan oleh Pemerintah Daerah Kabupaten / Kota Dalam Rangka Otonomi Daerah. Penelitian Disertasi ini di lakukan pada Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Brawijaya Malang pada tahun 2011. Secara garis besar disertasi ini membahas tentang aspek normatif tentang kewenangan pengelolaan pelabuhan perikanan oleh Pemerintah Daerah Kabupaten / Kota sekaligus konstruksi hukum pengaturan kewenangan pengelolaan tersebut. Isu hukum yang diangkat adalah : *pertama*, peluang bagi pemerintah daerah Kabupaten / Kota untuk mendapatkan kewenangan dalam pengelolaan pelabuhan perikanan, *kedua*, konstruksi pengaturan kewenangan pengelolaan pelabuhan perikanan oleh

Pemerintah Daerah Kabupaten / Kota yang memberikan kesejahteraan kepada nelayan di daerah.

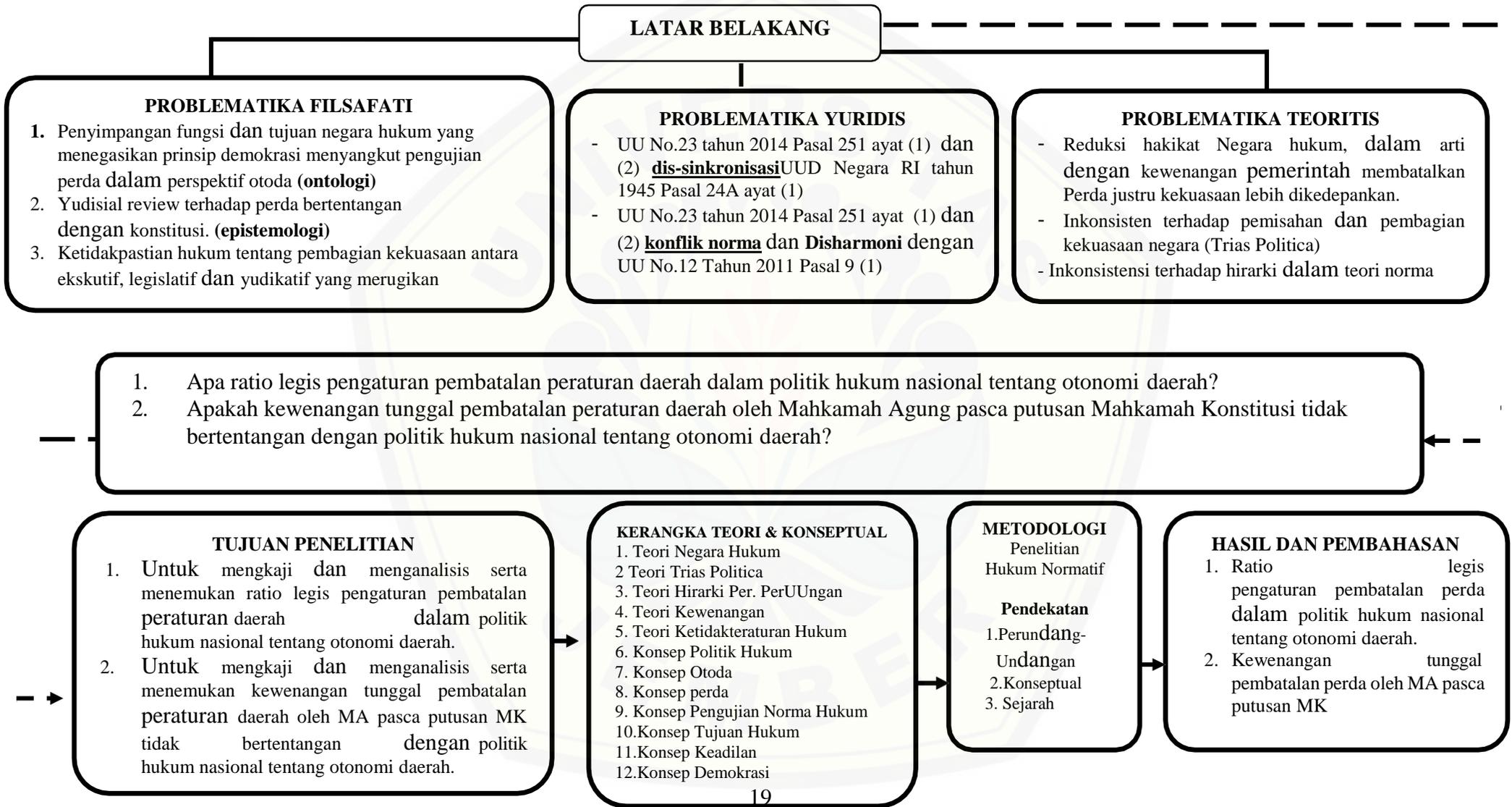
2. Liza Evita Djakfar telah menulis disertasinya dengan judul Pemberian Ijin Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara menurut Undang-Undang No 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara dalam Perspektif Otonomi Daerah. Penelitian Disertasi ini dilakukan pada Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Brawijaya Malang pada tahun 2010. Isu hukum yang diangkat dalam disertasi ini menyangkut : *pertama*, konsistensi pengaturan ijin usaha pertambangan mineral dan batubara dalam undang-undang Minerba dengan Pasal 33 ayat (3) UUD Negara RI tahun 1945; *kedua*, akibat hukum jika pemerintah atau pemerintah daerah sesuai kewenangannya tidak mengumumkan rencana kegiatan usaha pertambangan di wilayah ijin usaha pertambangan kepada masyarakat secara terbuka sebagaimana diatur dalam Pasal 64 undang-undang minerba; *ketiga*, konsepsi pembentukan hukum ke depan berkaitan dengan pemberian ijin usaha pertambangan mineral batubara dalam perspektif otonomi daerah.

Berdasarkan data-data di atas dapat disimpulkan bahwa secara tematis, penelitian disertasi yang diajukan ini memiliki perbedaan secara substantif dengan beberapa penelitian yang telah dilakukan sebelumnya. Dengan demikian maka penelitian dengan judul Politik Hukum Dalam Perjanjian Peraturan Daerah Di Indonesia dapat dipertanggungjawabkan otentisitas keasliannya.

1.6. Desain Penelitian

Disain penelitian dalam proposal disertasi ini akan digambarkan melalui ragaan di bawah ini. Disain penelitian ini dipaparkan dengan tujuan dapat dipahami sistematisasi masalah yang dilakukan dengan cara menderivasikan masalah abstrak-teoritik menjadi masalah konkrit faktual disertai dengan landasan teori yang digunakan, data yang diperlukan, serta analisis yang akan dilakukan untuk menjawab masalah yang menjadi isu hukum. Disain penelitian tersebut secara ragaan adalah sebagai berikut :

BAGAN 1 DISAIN PENELITIAN



1.7 Metode Penelitian

Langkah penting dalam menemukan suatu kebenaran dalam penelitian hukum ditentukan oleh ketepatan metode penelitian yang digunakan.

Metode penelitian merupakan faktor yang penting dalam dalam proses penulisan disertasi dan merupakan cara utama yang digunakan penulis untuk mencapai tujuan dan obyek yang dibahas. Disetiap penulisan disertasi harus mengandung suatu kebenaran dan dapat dipertanggung jawabkan, maka diperlukan metode yang sistematis dan terarah sehingga memperoleh hasil sesuai dengan prosedur yang benar. Metode penelitian yang dimaksud adalah meliputi tipe penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum, dan analisis bahan hukum.

1.7.1 Tipe Penelitian

Tipe penelitian dalam disertasi ini adalah bersifat yuridis normatif (*legal research*) yaitu merupakan studi dokumen, yakni dengan menggunakan sumber-sumber data sekunder saja yang berupa peraturan-peraturan, perundang-perundangan, keputusan-keputusan pengadilan, teori-teori hukum dan pendapat para sarjana hukum terkemuka¹¹. Itu sebabnya maka disebut dengan penelitian hukum normatif-kualitatif karena bahan hukumnya bersifat kualitatif dengan menggunakan metode penelitian ilmu hukum normatif, yaitu dengan mengkaji dan menganalisa bahan-bahan hukum dan isu-isu hukum yang terkait dengan perkembangan dan permasalahan hukum. Penelitian

¹¹ Soemitro, Granit, 1983), hlm 92

Rianto Adi, *Metodologi Penelitian Sosial dan Hukum*, Jakarta :

ini dilakukan untuk memecahkan permasalahan hukum yang timbul, sedangkan hasil yang akan dicapai adalah berupa preskripsi mengenai apa yang seharusnya dilakukan.

Menurut Peter Mahmud Marzuki, ilmu hukum mempunyai karakteristik sebagai ilmu yang bersifat preskriptif dan terapan. Sebagai ilmu yang bersifat preskriptif, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum dan norma hukum. Sebagai ilmu terapan, ilmu hukum menetapkan standar prosedur, ketentuan-ketentuan, rambu-rambu dalam melaksanakan aturan hukum. Peter Mahmud Marzuki juga menyatakan bahwa didalam karya akademik hukum, preskripsi tersebut diberikan sebagai rekomendasi.

1.7.2 Pendekatan Penelitian

Dalam penelitian ilmu hukum normatif banyak pendekatan yang dapat digunakan baik secara terpisah-pisah berdiri sendiri maupun secara kolektif sesuai dengan isu atau permasalahan yang dibahas. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian disertasi ini adalah :

- a. Pendekatan perundang-undangan atau *statuta aproach*. Merupakan suatu penelitian terhadap peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan isu hukum yang akan dibahas dalam penelitian disertasi ini. Pendekatan Perundang-Undangan (*Statute Approach*) ini dilakukan untuk mengidentifikasi norma guna melakukan identifikasi dan verifikasi yang pada gilirannya melahirkan klasifikasi untuk menarik prinsip-prinsip dasar tentang substansi isu hukum dalam hal ini pemahaman mengenai

pengujian peraturan daerah di Indonesia.

- b. Pendekatan sejarah, yaitu penelitian atau pengkajian terhadap perkembangan produk-produk hukum berdasarkan urutan-urutan periodisasi atau kenyataan sejarah yang melatarbelakanginya. Dalam hal ini penelitian akan menganalisa risalah dan sejarah hukum tentang pengujian peraturan daerah di Indonesia.
- c. Pendekatan konseptual yaitu pendekatan yang dilakukan dengan cara melakukan penelusuran terhadap pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum yang bersumber dari pendapat para ahli maupun teori. Dengan demikian pada gilirannya akan ditemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum dan asas-asas yang relevan dengan isu hukum yang dihadapi. Pendekatan ini diharapkan dapat menjadi instrumen yang mampu mendeskripsikan arti pentingnya pengujian peraturan daerah di Indonesia.
- d. Pendekatan perbandingan yaitu untuk menganalisa bahan-bahan kepustakaan yang menguraikan pelaksanaan pengujian peraturan daerah diberbagai negara yang mempraktekannya. Pendekatan ini diharapkan dapat menghasilkan prinsip-prinsip umum pelaksanaan wewenang pengujian di berbagai negara.

1.7.3 Jenis dan Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum yang penulis gunakan dalam penelitian disertasi ini terdiri dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Berikut ini adalah penjelasan dari masing-masing bahan hukum tersebut :

Pertama, bahan hukum primer adalah bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas berlaku. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari Perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan hakim¹². Adapun bahan-bahan hukum primer yang akan digunakan dalam penelitian disertasi ini antara lain adalah :

1. Undang-Undang Dasar Negara RI tahun 1945 .
2. Undang-Undang No.27 tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 123, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5043)
3. Undang-Undang No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan PerUungan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234)
4. Undang-undang No.23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah
5. Peraturan Pemerintah No.16 Tahun 2010 tentang Pedoman Penyusunan Peraturan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.
6. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-XIII/2015

Kedua, bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang diperoleh dari semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum,

¹²*Ibid.* hlm. 141

jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar tentang isu hukum yakni mengenai pembatalan peraturan daerah.

1.7.4. Prosedur pengumpulan bahan hukum

Prosedur pengumpulan bahan hukum yang terdiri dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder dilakukan melalui tahapan sebagai berikut : *pertama*, melakukan sistematisasi produk hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan mengenai hukum Otonomi Daerah khususnya menyangkut isu hukum yang diteliti. Sistematisasi peraturan perundang-undangan ini dilakukan untuk menggali sekaligus melakukan inventarisasi pengaturan tentang perjanjian pada umumnya dan secara khusus mengenai perjanjian kerja. *Kedua*, melakukan klasifikasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perjanjian kerja. Klasifikasi ini dilakukan atas dasar pendekatan hirarkhis yang bertujuan untuk memudahkan proses mengkaji dan menganalisis kesesuaian perjanjian kerja. Bahan hukum yang sudah diperoleh kemudian dicatat, diedit, dipelajari, kemudian diambil intisarinya baik dalam bentuk teori, ide, konsep, argumentasi maupun ketentuan-ketentuan hukum terkait. Selanjutnya bahan-bahan hukum tersebut dikumpulkan dan disusun serta dikelompokkan sesuai dengan permasalahan yang akan diteliti. Pengolahan bahan hukum didahului dengan mengadakan seleksi terhadap bahan-bahan hukum yang sudah ada dengan pemilihan dan pemilahan sesuai kebutuhan untuk menjawab isu hukum. *Ketiga*, menganalisis, yakni menganalisis bahan-bahan hukum yang telah diklasifikasi, dalam hal ini peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan perjanjian kerja, termasuk dasar hukum serta

ketentuan lainnya yang berkaitan dengan isu hukum serta beberapa kasus terkait sebagai justifikasi faktual yuridis. Kegiatan dalam tahapan ini dilakukan guna menjawab isu hukum yang diajukan dalam penelitian disertasi.

1.7.5 Analisis Bahan Hukum

Langkah-langkah yang ditempuh dalam penelitian disertasi ini antara lain adalah mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang tidak relevan. Metode analisis bahan hukum yang dipergunakan oleh penulis dalam penulisan disertasi ini adalah menggunakan metode deduktif. Yaitu mengacu pada prinsip-prinsip dasar lalu mengarah pada kasus atau objek yang ingin diteliti, jadi bergerak dari prinsip-prinsip umum lalu kearah prinsip-prinsip yang lebih khusus. Penelitian hukum dapat dilakukan dengan cara¹³:

1. Mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang tidak relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan;
2. Mengumpulkan bahan-bahan hukum dan bahan non hukum yang dipandang mempunyai relevansi;
3. Melakukan telaah atas isu hukum yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan;
4. Menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang menjawab isu hukum;
5. Memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun di dalam kesimpulan.

Langkah-langkah yang dikemukakan oleh Peter Mahmud Marzuki ini sesuai dengan karakter ilmu hukum sebagai ilmu yang bersifat preskriptif

¹³*Ibid* hal 171

dan terapan. Berdasarkan hal tersebut maka dapat dicapai tujuan yang dimaksudkan di dalam penulisan skripsi ini dengan menjawab permasalahan yang diajukan sehingga nantinya dapat dibuat suatu kesimpulan berdasarkan analisis yang dapat dipertanggung jawabkan.

1.8. Sistematika Penulisan

Susunan bab berikut gambaran materi yang ditulis pada masing-masing bab tersebut secara sistematis sebagai berikut :

Bab I : Pendahuluan

Pada bagian pendahuluan ini diuraikan latar belakang sebagai urgensi penelitian disertai atas isu hukum yang diangkat. Dalam arti sejauh mana hasil penelitian disertasi ini dapat memberikan kontribusi konkrit dalam tataran akademik maupun praktis. Disamping itu juga akan dijelaskan secara singkat legal problem yang mendasari isu hukum yang ada. Pada bagian pendahuluan ini pula dikemukakan tujuan dan manfaat penelitian termasuk metode yang digunakan untuk menjawab isu hukum yang menjadi permasalahan.

Bab II : Kerangka Teori dan Konseptual

Pada bab II ini akan dipaparkan aspek teori dan konsep yang relevan digunakan sebagai pisau analisa dalam menjawab isu hukum. Beberapa teori yang digunakan antara lain : teori negara hukum; teori Trias Politica; teori Stufenbau Hans Kelsen tentang tata urutan peraturan perundang-Undangan; teori kewenangan serta teori ketidakteraturan hukum. Beberapa teori tersebut akan ditunjang dengan berbagai konsep yakni : konsep politik hukum, konsep otonomi

daerah, konsep peraturan daerah sebagai Landasan Penyelenggaran Pemerintahan di Daerah serta konsep pengujian norma hukum, konsep tujuan hukum serta konsep keadilan.

Bab III :

Pada bab III ini merupakan pembahasan terhadap isu hukum yang pertama yakni menyangkut: politik hukum nasional tentang otonomi daerah, urgensi peraturan daerah dalam kerangka otonomi daerah, pengaturan pembatalan peraturan daerah, pertimbangan filsafat pengaturan pembatalan perda, pertimbangan yuridis pengaturan pembatalan perda, pertimbangan teoritis pengaturan pembatalan perda, pertimbangan sosiologis pengaturan pembatalan perda di era otonomi daerah.

BAB IV :

Pada bab IV ini merupakan pembahasan terhadap isu hukum yang kedua menyangkut: ratio decidendi putusan MK, tafsir baru pengaturan pembatalan perda, problem filsafat putusan MK, problem yuridis putusan MK, problem teoritis putusan MK, problem sosiologis putusan MK.

BAB V : Penutup

Pada bagian bab V ini diuraikan secara singkat sebagai kesimpulan atas jawaban terhadap isu hukum berikut rekomendasinya.

BAB II

KERANGKA TEORI DAN KONSEPTUAL

Kerangka teori merupakan pemikiran atau butir-butir pendapat, teori, mengenai suatu kasus atau permasalahan yang dapat menjadi bahan perbandingan dan pegangan teoritis. Dengan kata lain, secara fungsional keberadaan teori merupakan pilar pendukung guna melakukan konstruksi termasuk didalamnya adalah memformulasikan dalam proses mengkaji dan menganalisis berbagai input sebagai bahan hukum atas isu hukum yang harus dijawab dalam penelitian. Sedangkan kerangka konseptual penelitian pada dasarnya adalah kerangka hubungan antara konsep-konsep yang ingin diamati atau diukur melalui penelitian yang akan dilakukan.¹⁴Berikut ini disajikan kerangka teori dan kerangka konseptual yang digunakan sebagai alat analisa dalam penelitian. Digunakannya beberapa teori dalam penelitian ini secara fungsional diharapkan menjadi pisau analisa atas permasalahan yang menjadi isu hukum dalam penelitian.

2.1 Kerangka Teori

2.1.1 Teori Negara Hukum

Teori ini membagi Negara hukum menjadi 2 (dua), yaitu Negara hukum klasik dan Negara hukum modern. Negara hukum klasik menurut Utrecht hanya berfungsi sebagai penjaga malam. Negara hukum klasik mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:

¹⁴Soekidjo Notoatmodjo, *Metodologi Penelitian Kesehatan*, Jakarta, Rineka Cipta, 2005, hlm.61

- 1) Corak negara adalah negara liberal yang mempertahankan dan melindungi ketertiban sosial dan ekonomi berdasarkan azas "*Laissez Fair Laissez Passer*", yaitu azas kebebasan dari semua warga negaranya dalam persaingan diantara mereka.
- 2) Adanya suatu "*Staats on theuding*" artinya pemisahan antara negara dan masyarakat. Negara dilarang keras ikut campur dalam lapangan ekonomi dan lapangan-lapangan kehidupan sosial lainnya.
- 3) Tugas negara adalah sebagai penjaga malam (*Nacht Waker Staat*), karena hanya menjaga keamanan dalam arti sempit, yaitu keamanan senjata.
- 4) Ditinjau dari segi politik suatu "*Nacht Waker Staat*" negara sebagai penjaga malam, tugas pokoknya adalah menjamin dan melindungi kedudukan ekonomi "*The Rulling Class*". Nasib dari mereka yang bukan "*The Rulling Class*" tidak dihiraukan oleh alat-alat pemerintah dalam suatu "*Nacht Waker Staat*".¹⁵

Sementara negara hukum modern (*welfarestaat*) mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:

- 1) Perlindungan konstitusional, dalam arti bahwa konstitusi selain menjamin hak-hak individu harus menentukan juga

¹⁵Bachsan Mustofa, *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Bandung, PT.CitraAdityaBakti, 2001, hlm.7-8

cara prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin tersebut;

- 2) Badan kehakiman yang bebas (*Independent and Impertial Tribunals*)
- 3) Pemilihan umum yang bebas;
- 4) Kebebasan untuk menyatakan pendapat;
- 5) Kebebasan untuk berserikat/berorganisasi dan beroposisi;
- 6) Pendidikan kewarganegaraan.¹⁶

Indonesia sendiri menganut teori Negara Hukum Modern (*welfare staat*), karena negara / pemerintah ikut campur dalam segala lapangan kehidupan masyarakat yang membawa efek kepada pembentukan peraturan perundang-undangan dan Hukum Administras Negara. Salah satu ciri Negara Hukum Modern adalah adanya jaminan perlindungan terhadap hak-hak individu dan cara prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin itu.

Jaminan perlindungan hak-hak individu ini diberikan atau diatur oleh peraturan perundang-undangan. Jaminan perlindungan hak-hak individu disini; termasuk hak-hak individu berkaitan dengan kebendaan atau yang disebut hak-hak kebendaan, yang termsuk pula disini hak kebendaan yang tidak berwujud, seperti hak kekayaan intelektual.

Konsep negara hukum di Indonesia sendiri pada hakekatnya sedikit banyak tidak lepas dari pengaruh perkembangan konsep negara hukum di

¹⁶Mariam Budirahardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta, Gramedia, 1997 , hlm.38.

dunia, terutama konsep negara hukum *rechtstaat* dan *the rule of law* dan beberapa teori lainnya.

Menurut Sri Soemantri, konsep negara hukum *rechtstaat* adalah sebagai berikut :

1. Bahwa Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan atas hukum atau peraturan perundang-undangan.
2. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara).
3. Adanya pembagian kekuasaan negara.
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechtlijkecontrol*).¹⁷

Friederich Julius Stahl tahun 1878 dalam karyanya *Philosophiedes Rechts*,¹⁸ Friederich Julius Stahl menyusun unsur- unsur utama dari negara hukum formal sebagai berikut:

- a. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
- b. Untuk melindungi hak asasi tersebut maka penyelenggaraan negara harus berdasarkan teori *trias politica*.
- c. Pemerintah menjalankan tugasnya berdasarkan atas undang- undang (*wetmatigheidvanbestuur*)
- d. Apabila pemerintah dalam menjalankan tugasnya berdasarkan undang- undang masih melanggar hak asasi (campur tangan pemerintah dalam urusan pribadi warga negara), ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaikan.

¹⁷Sri Soemantri M, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung, Alumni, 1992, hlm.29-30.

¹⁸PadmoWahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Jakarta, Indonesia Hill Co.,,1998, him.151

Sedangkan paham *the rule of law popular* setelah diterbitkan buku Albert Venn Dicey pada tahun 1885, dengan judul *Introduction to Study of the Law of the Constitution*, AV Dicey, mengemukakan :

1. Supremasi aturan-aturan hukum, tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang, dalam arti seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum (*the absolut supremacing of the law, absence of arbitrary power or predominance of regular law*).
2. Kedudukan yang sama dihadapan hukum (*equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts*).
3. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia oleh Undang-Undang, serta keputusan-keputusan pengadilan (*a formula foreexpression the fact that withus the law constitution,the rules \which in foreigncountries naturally from partofaconstitutional code, are not the source but consequence of the righ to find ividuals as defined enforced by the courts*).

Dari penjelasan Albert Venn Dicey diatas dapat disimpulkan bahwa paham *the rule of law* terdiri atas :

1. Supremasi Hukum artinya yang mempunyai kekuasaan tertinggi dalam negara adalah hukum;
2. Persamaan kedudukan dalam hukum bagi setiap orang;
3. Konstitusi tidak merupakan sumber dari hak-hak azasi manusia dan jika hak-hak azasi manusia diletakkan dalam konstitusi, maka

itu hanya sebagai bentuk penegasan bahwa Hak Azasi itu harus dilindungi.

Berdasarkan uraian di atas, bahwa konsep negara hukum atau negara berdasarkan atas hukum (*rechtstaat* atau *the rule of law*), yang mengandung prinsip-prinsip asas legalitas, asas pemisahan (pembagian) kekuasaan dan asas kekuasaan kehakiman yang merdeka, semuanya itu bertujuan untuk mengendalikan negara atau pemerintah dari kemungkinan bertindak sewenang-wenang atau penyalahgunaan kekuasaan.¹⁹

Konsep hukum lain dari negara berdasarkan atas hukum adalah adanya jaminan penegakan hukum dan tercapainya tujuan hukum. Dalam penegakan hukum ada tiga unsur yang selalu harus mendapat perhatian, yaitu keadilan, kemanfaatan atau hasil guna (*doelmatigheid*), dan kepastian hukum.²⁰ Tujuan pokok dari hukum adalah ketertiban. Kebutuhan atau ketertiban ini, syarat pokok untuk suatu masyarakat yang teratur. Tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan. Untuk mencapai ketertiban dibutuhkan kepastian hukum dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat.²¹ Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan.

Setiap orang mengharapkan ditetapkannya hukum dalam hal

¹⁹Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1993, hlm.1

²⁰Menurut Meuwisen, arti sociale rechtstaat sama dengan welvaartstaat dalam kata-kata: demodernesociale rechtsstaat of welvaarsstaat,...", Lihat S.W. Couwenberg, 1981, *Modern Constitutioneel Rechten Emancipati evanden Mens, Deel II, van Groenou, Assen*, hlm.41

²¹Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Pembangunan Nasional*, Atmadja, Binacipta, hlm. 2

terjadinya peristiwa konkrit. Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan untuk ketertiban masyarakat. Penegakan hukum harus memberi manfaat pada masyarakat, disamping bertujuan menciptakan keadilan.²²

Dalam suatu negara hukum, pengawasan terhadap tindakan pemerintah dimaksudkan agar pemerintah dalam menjalankan aktifitasnya sesuai dengan norma-norma hukum, sebagai suatu upaya preventif, dan juga dimaksudkan untuk mengembalikan pada situasi sebelum terjadinya pelanggaran norma-norma hukum, sebagai upaya represif. Aplikasi pendekatan sistem terhadap penegakan hukum ditegaskan oleh Soerjono Soekamto yang menyatakan bahwa masalah pokok penegakan hukum sebenarnya terletak pada faktor-faktor yang mungkin mempengaruhi. Faktor-faktor tersebut adalah:

1. Faktor hukumnya sendiri;
2. Faktor penegak hukum;
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
4. Faktor masyarakat, dan
5. Faktor kebudayaan.²³

²²Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit*, hlm. 2

²³Soerjono Soekamto; "*Faktor Yang Mempengaruhi Penegakkan Hukum*", Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 8.

Dengan demikian betapa tidak bagusnya tujuan sebuah konsep dari penegakan hukum, jika tidak didukung oleh 5 faktor tersebut diatas, maka cita-cita luhur dari konsep tersebut hanyalah angan-angan belaka. Agar hukum dapat berfungsi dengan baik, salah satu yang perlu diperhatikan adalah perumusan normanya yang harus jelas dan lengkap. Inti dari suatu norma adalah segala aturan yang harus dipatuhi.²⁴

2.1.2 Teori Pemisahan dan Pembagian Kekuasaan dalam Perspektif Desentralisasi

Seiring dengan perkembangan zaman dan ilmu pengetahuan kehidupan bernegara mengalami banyak perubahan. Konsep negara mulai mengalami pergeseran yang pada awalnya negara merupakan negara yang berdasarkan pada kekuasaan beralih pada konsep negara yang mendasarkan atas hukum (*rechtstaat*). Ajaran negara berdasarkan atas hukum (*de rechts staat* dan *the rule of law*) mengandung pengertian bahwa hukum adalah supreme dan kewajiban bagi setiap penyelenggara negara atau pemerintah untuk tunduk pada hukum (*subject to the law*). Tidak ada kekuasaan diatas hukum (*above to the law*).

Atas dasar pernyataan diatas maka tidak boleh ada kekuasaan yang sewenang-wenang (*arbitrary power*) atau penyalahgunaan kekuasaan (*misuse of power*) baik pada negara berbentuk kerajaan maupun republik. Secara maknawi, tunduk pada hukum mengandung pengertian pembatasan kekuasaan

²⁴Maria Farida Indriati Soeprapto; "Ilmu Perundang-Undangan, Dasar-Dasar Dan Pembentukannya", Yogyakarta, Kanisius, 1998, hlm. 6

seperti halnya ajaran pemisahan dan pembagian kekuasaan. Oleh sebab itu, negara berlandaskan hukum memuat unsur pemisahan atau pembagian kekuasaan. Kekuasaan negara menetapkan, melaksanakan dan menegakkan kepatuhan terhadap hukum, apalagi dalam negara kesejahteraan (*welfare state*), dimana negara berhak ikut campur hampir diseluruh bidang kehidupan rakyat sehingga penggunaan kekuasaan negara itu mempunyai potensi melanggar hak-hak rakyat yang ada dalam negara tersebut, bahkan hak-hak rakyat yang paling mendasar-pun (HAM) dapat dilanggar. “*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*”, demikian adegium yang dikemukakan oleh Lord Acton. Dengan demikian, moral kekuasaan tidak boleh hanya diserahkan pada niat, ataupun sifat-sifat pribadi seseorang yang kebetulan sedang memegangnya. Betapun baiknya seseorang, yang namanya kekuasaan tetaplah harus diatur dan dibatasi.²⁵

Pada Abad Pertengahan (abad ke-14 sampai abad ke-15) negara-negara di Eropa Barat belum mengenal apa yang sekarang dimaksud dengan pembagian kekuasaan pada negara-negara modern. Pada waktu itu kekuasaan negara disentralisir dalam tangan raja kemudian ditangan birokrasi kerajaan. Jadi raja adalah sebagai pembuat undang-undang, pelaksana undang-undang dan hakim yang mengadili sengketa.²⁶ Kekuasaan negara yang terpusat pada tangan raja telah melahirkan sistem pemerintahan monarki absolut, dimana raja tidak pernah salah (*the king can do no wrong*), walaupun pada kenyataannya melanggar hak-hak asasi rakyat.

²⁵ Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan UUD 1945*, Yogyakarta, FH UII PRESS, 2005. hlm.37

²⁶ Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 1990, hlm.1

Pada abad renaissance atau abad aufklarung atau abad perubahan (permulaan abad ke-17) timbul aliran aliran yang mengemukakan bahwa sistem pemerintahan yang sentralistis yang kurang dapat menjamin kemerdekaan individu harus diubah dengan sistem pemerintahan yang dapat menjamin lebih banyak kebebasan-kebebasan individu dan hak-hak azasi manusia²⁷. Jalan yang ditempuh untuk itu adalah menghapuskan sistem pemerintahan yang absolut dan menggantinya dengan sistem pemerintahan yang demokratis.

Sistem pemerintahan demokratis, pada abad renaissance ini menekankan pada dua hal. Pertama, kekuasaan negara harus dibagi-bagi dan dilaksanakan oleh organ lain disamping raja. Kedua, pelaksanaan kekuasaan negara menghormati hak asasi manusia. John Locke dianggap sebagai peletak dasar teori pembagian kekuasaan negara. Pikiran-pikiran tentang pembagian kekuasaan negara dituangkan oleh Locke dalam bukunya "Two Treaties on Civil Government". Kemudian diikuti oleh Montesquieu, yang menekankan pada pemisahan kekuasaan negara. Ajaran Montesquieu yang tertuang dalam bukunya "L'Esprit des Lois" (The Spirit of Laws), kemudian terkenal dengan teori trias politika. Dalam praktek penyelenggaraan negara, teori trias politika sangat sulit untuk diterapkan secara konsisten. Amerika Serikat yang dianggap konsisten menerapkan ajaran Montesquieu ini, namun tetap tidak dapat melaksanakannya secara murni.

Kesukaran-kesukaran dalam menerapkan ajaran pemisahan kekuasaan (*separation of power*) secara murni dan konsekuen, memunculkan ajaran

²⁷ Mustafa, Bachsan, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 1990, hlm 1

pembagian atau pemencaran kekuasaan (*division or distribution of powers*). Tidak bisa dipungkiri dalam praktek penyelenggaraan negara selalu terdapat hubungan kekuasaan (hubungan fungsi) antara organ negara yang satu dengan organ negara yang lainnya. Akibatnya satu organ dapat memiliki beberapa fungsi kekuasaan negara. Di Amerika Serikat sendiri ajaran Montesquieu ini dipertahankan dengan mengkombinasikan dengan sistem saling mengawasi dan mengimbangi (*check and balances system*) antar cabang kekuasaan negara. Disamping itu, muncul pula ajaran-ajaran baru mengenai pembagian kekuasaan negara, yaitu di praja, dan catur praja (Regeling/fungsi legislative, Bestuur/fungsi eksekutif, Rechtspraak/fungsi yudikatif, Politie/fungsi keamanan dan ketertiban negara).

Ajaran pembagian kekuasaan negara semakin mendapatkan tempat dalam praktek penyelenggaraan negara, dengan berbagai variasi dan dinamika yang menyertainya. Ketiga kekuasaan (eksekutif, yudikatif, dan legislatif) secara ideal melakukan sinergi sehingga akan menciptakan pemerintahan yang demokratis dan equal. Akan kurang tepat ketika kita memandang konsep trias politika sebagai konsep pemisahan kekuasaan. Hal ini dapat menimbulkan penafsiran yang berbahaya ketika masing-masing cabang kekuasaan merasa mandiri dan dapat berubah menjadi superioritas antar lembaga. Pada akhirnya akan menciptakan absolutisme baru di tiap lembaga.

Istilah yang digunakan dalam bahasa Indonesia sebagai penerjemahan konsep trias politika adalah pemisahan kekuasaan. Namun jika kita melihat pada pelaksanaan trias politica sebagai yang dicitakan ideal oleh Montesquieu di

Inggris ternyata tiap-tiap kekuasaan tidak dapat terpisah. Akan lebih tepat jika konsep ini disebut sebagai pembagian kekuasaan (*distribution of power*). Sebab tak ada kekuasaan yang berdiri sendiri. Kekuasaan eksekutif pun memiliki kekuasaan legislatif maupun yudikatif.

Pemisahan kekuasaan berarti bahwa kekuasaan negara itu terpisah-pisah dalam beberapa bagian, baik mengenai orangnya maupun mengenai fungsinya.²⁸ Sedangkan pembagian kekuasaan berarti bahwa kekuasaan itu memang dibagi dalam beberapa bagian, tetapi tidak dipisahkan. Hal ini membawa konsekuensi bahwa diantara bagian-bagian itu dimungkinkan adanya kerjasama²⁹. Teori pemisahan kekuasaan dipopulerkan melalui ajaran trias politika Montesquieu. Dalam bukunya "The Spirit of Laws" Montesquieu memberikan potret atas pemerintahan Inggris. Montesquieu menyimpulkan bahwa kebebasan bangsa Inggris bersandar pada dua dukungan utama: "pemisahan mendasar kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudisial, dan perpaduan antara monarki, aristokrasi dan demokrasi pada Raja, Bangsawan dan Orang Banyak³⁰.

Ajaran pemisahan kekuasaan dari Montesquieu di ilhami oleh pandangan John Locke dalam bukunya "Two Treaties on Civil Government" dan praktek ketatanegaraan Inggris. Locke membedakan antara tiga macam kekuasaan yaitu: (1) kekuasaan perundang-undangan; (2) kekuasaan melaksanakan hal sesuatu (*executive*) pada urusan dalam negeri, yang meliputi Pemerintahan

²⁸ Muh Kusnardi dan Bintan R Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta, PT Gramedia, 1983. hlm.140

²⁹ Moh. Kusnardi dan Ibrahim Harmaily, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, 1988, hlm 140

³⁰ Montesquieu, *The Spirit of Laws, Dasar-Dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, diterjemahkan oleh M. Khoiril Anam, Bandung, Nusamedia, 2007, hlm 62

dan Pengadilan; dan (3) kekuasaan untuk bertindak terhadap anasir asing guna kepentingan negara atau kepentingan warga negara dari negara itu yang oleh Locke dinamakan *federative power*³¹.

Montesquieu membuat analisis atas pemerintahan Inggris yaitu: (1) ketika kekuasaan legislatif dan eksekutif disatukan pada orang yang sama, atau pada lembaga tinggi yang sama, maka tidak ada kebebasan; (2) tidak akan ada kebebasan, jika kekuasaan kehakiman tidak dipisahkan dari kekuasaan legislatif dan eksekutif; (3) dan pada akhirnya akan menjadi hal yang sangat menyedihkan bila orang yang sama atau lembaga yang sama menjalankan ketiga kekuasaan itu, yaitu menetapkan hukum, menjalankan keputusan-keputusan publik dan mengadili kejahatan atau perselisihan para individu (*The Spirit of Laws, Dasar-Dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, diterjemahkan oleh M. Khoiril Anam, 2007). Kondisi ini menyebabkan raja atau badan legislatif yang sama akan memberlakukan undang-undang tirani dan melaksanakannya dengan cara yang tiran³². Namun menurut Montesquieu bila mana kekuasaan eksekutif dan legislatif digabungkan, maka kita masih memiliki pemerintahan yang moderat, asalkan sekurang-kurangnya kekuasaan kehakiman dipisah³³.

Ada perbedaan mendasar antara Locke dan Montesquieu dalam melihat kekuasaan kehakiman atau pengadilan. Bagi Locke, kehakiman/pengadilan merupakan bagian dari kekuasaan eksekutif. Bahkan oleh Locke pekerjaan

³¹ Prodjodikoro Wirjono, *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*, Jakarta Timur, Dian Rakjat, 1983, hlm 16

³² C.F. Strong, *Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*, diterjemahkan menjadi *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern, Kajian Tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia* oleh SPA Teamwork, Bandung, Nuansa dan Nusamedia, 2004, hlm 330

³³ Montesquieu, *Op Cit*,

pengadilan disebutkan pertama-pertama sebagai pelaksanaan undang-undang³⁴. Namun bagi Montesquieu meskipun pemerintah dan pengadilan dua-duanya melaksanakan hukum, namun ada perbedaan sifat antara dua macam pekerjaan itu, yaitu pemerintah menjalankan hukum dalam tindakan sehari-hari, sedangkan pengadilan hanya bertindak mengambil suatu putusan menurut hukum dalam hal suatu pihak mengemukakan suatu pelanggaran hukum oleh lain pihak³⁵.

Ajaran pembagian kekuasaan yang lain diajukan oleh C. van Vollenhoven Donner dan Goodnow. Menurut van Vollenhoven, fungsi-fungsi kekuasaan negara itu terdiri atas empat cabang yang kemudian di Indonesia biasanya diistilahkan dengan catur praja, yaitu (i) fungsi regeling (pengaturan); (ii) fungsi bestuur (penyelenggaraan pemerintahan); (iii) fungsi rechtsspraak atau peradilan; dan (iv) fungsi politie yaitu berkaitan dengan fungsi ketertiban dan keamanan³⁶. Berbeda dengan pendapat Montesquieu, bestuur menurut van Vollenhoven tidak hanya melaksanakan undang-undang saja tugasnya, karena dalam pengertian negara hukum modern tugas bestuur itu adalah seluruh tugas negara dalam menyelenggarakan kepentingan umum, kecuali beberapa hal ialah mempertahankan hukum secara preventif (preventive rechtszorg), mengadili (menyelesaikan perselisihan) dan membuat peraturan (regeling)³⁷.

Sedangkan Donner dan Goodnow mempunyai pandangan yang hampir sama dalam melihat pembagian kekuasaan negara. Menurut Donner, semua

³⁴ Wirjono Prodjodikoro, , *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*, Jakarta Timur, Dian Rakjat, 1983.

³⁵ Wirjono Prodjodikoro, *Ibid*.

³⁶ Asshiddiqie, Jimly, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan UUD1945*, Yogyakarta, FH UII PRESS, 2005, hlm. 34

³⁷ Moh. Kusnardi dan Ibrahim Harmaily, *Op Cit*. hlm. 147

kegiatan-kegiatan yang dilakukan oleh penguasa hanya meliputi dua bidang saja yang berbeda, yaitu; (i) bidang yang menentukan tujuan yang akan dicapai atau tugas yang akan dilakukan; (ii) bidang yang menentukan perwujudan atau pelaksanaan dari tujuan atau tugas yang ditetapkan itu³⁸. Sementara Goodnow mengembangkan ajaran yang biasa di istilahkan dengan di praja, yaitu (i) policy making function (fungsi pembuatan kebijakan); dan (ii) policy executing function (fungsi pelaksanaan kebijakan)³⁹. Namun pandangan yang paling berpengaruh didunia mengenai soal ini adalah seperti yang dikembangkan oleh Montesquieu, yaitu adanya tiga cabang kekuasaan negara yang meliputi fungsi legislatif, eksekutif dan yudisial.

Walaupun ajaran trias politika Montesquieu ini paling berpengaruh dalam penyusunan konstitusi dan didalam praktek ketatanegaraan di dunia, namun pelaksanaannya secara murni mendapatkan keberatan. Alasannya adalah sebagai berikut:

- a. Pemisahan mutlak akan mengakibatkan adanya badan kenegaraan yang tidak ditempatkan di bawah pengawasan suatu badan kenegaraan lainnya. Tidak adanya pengawasan ini berarti adanya badan kenegaraan untuk bertindak melampaui batas kekuasaannya dan kerjasama antara badan-badan kenegaraan itu menjadi sulit;
- b. Karena ketiga fungsi tersebut masing- masing hanya boleh diserahkan kepada satu badan kenegaraan tertentu saja atau dengan perkataan lain

³⁸ Moh. Kusnardi dan Ibrahim Harmaily, *Ibid.* hlm.145

³⁹ Asshiddiqie, Jimly, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta, *Konstitusi Press*, 2006.

tidak mungkin diterima sebagai azas tetap bahwa tiap-tiap badan kenegaraan itu hanya dapat disertai satu fungsi tertentu saja, maka hal ini akan menyukarkan pembentukan suatu negara hukum modern (modern *rechstaat*) dimana badan kenegaraan yang disertai fungsi lebih dari macam dan kemungkinan untuk mengkoordinasi beberapa fungsi⁴⁰.

Negara yang konsekuen melaksanakan teori Montesquieu ini adalah Amerika Serikat, tetapi ini pun tidak murni, karena antara ketiga badan kenegaraan yang masing-masing mempunyai pekerjaan sendiri-sendiri itu, dalam menyelesaikan sesuatu pekerjaan tertentu diawasi oleh badan kenegaraan lainnya. Sistem ini dikenal dengan sebagai sistem "*check and balance*" atau "sistem pengawasan"⁴¹.

Menurut Bachsan Mustafa (*Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara, 1990*) tujuan dari sistem *check and balances* ini adalah: (i) untuk menghindarkan kemungkinan adanya salah satu dari ketiga badan kenegaraan itu akan bertindak melampaui batas kekuasaannya sehingga merupakan tindakan yang sewenang-wenang; (ii) agar ketiga fungsi tersebut menjadi seimbang dalam tiap-tiap keadaan tertentu, sehingga perlu diadakan pengawasan tertentu pula. Jadi sistem *check and balances* itu bersifat kasuistis.

Pada dasarnya Montesquieu tidak mengusulkan bentuk pemisahan yang bersifat kaku dan mutlak, dan ia menguraikan sejumlah contoh dimana kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif saling bertumpang tindih.

⁴⁰ Mustafa, Bachsan, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 1990, hlm. 4

⁴¹ Mustafa, Bachsan, *Ibid.*

Pada hakikatnya kekuasaan raja untuk memveto adalah termasuk dalam cabang legislatif, dan hak parlemen untuk menyelidiki bagaimana hukum dilaksanakan dan hak untuk meminta pertanggungjawaban para menteri raja menyebabkan tumpang tindih dengan kekuasaan eksekutif. Lebih jauh lagi, Majelis Tinggi para bangsawan berfungsi sebagai sebuah sidang pengadilan dalam mendengar pendapat pertanggungjawaban itu, mengadili salah satu anggota mereka sendiri yang dituduh atas kejahatan tertentu, atau memperlunak suatu hukuman yang dijatuhkan oleh pengadilan rendah⁴². Untuk menilai apakah UUD 1945 menganut pemisahan kekuasaan atau pembagian kekuasaan, kita dapat menggunakan kriteria yang dibuat oleh Ivor Jennings. Jennings dalam bukunya "*The Law and the Constitution*" membuat suatu kriteria untuk menilai apakah suatu UUD menganut teori pemisahan atau pembagian kekuasaan.

Jennings mengatakan bahwa pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) dapat dilihat dari sudut materil dan formil. Pemisahan kekuasaan dalam arti materil berarti bahwa pembagian kekuasaan itu dipertahankan dengan tegas dalam tugas-tugas kenegaraan yang secara karakteristik memperlihatkan adanya pemisahan kekuasaan itu dalam tiga bagian yaitu legislatif, eksekutif dan yudikatif. Sebaliknya apabila pembagian kekuasaan tidak dipertahankan secara tegas, maka disebut pemisahan kekuasaan dalam arti formil⁴³.

Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim⁴⁴ pemisahan kekuasaan dalam arti materil dapat disebut sebagai pemisahan kekuasaan. Sementara

⁴² Montesquieu, *Op Cit.* hlm. 64

⁴³ Muh. Kusnardi dan Bintan R Saragih, *Op Cit.* hlm. 143

⁴⁴ Moh. Kusnardi dan Ibrahim Harmaily, *Op Cit.*

pemisahan kekuasaan dalam arti formil disebut dengan pembagian kekuasaan. Jimly Assiddiqie⁴⁵ berpendapat bahwa pemisahan kekuasaan bersifat horizontal dalam arti kekuasaan dipisah-pisahkan ke dalam fungsi-fungsi yang tercermin dalam lembaga-lembaga negara yang sederajat dan saling mengimbangi (*check and balances*). Sedangkan pembagian kekuasaan bersifat vertikal dalam arti perwujudan kekuasaan itu dibagikan secara vertikal ke bawah kepada lembaga-lembaga tinggi negara di bawah lembaga pemegang kedaulatan rakyat.

Berdasarkan kriteria yang dibuat Jennings, Kusnardi dan Harmaily (1988)⁴⁶ berkesimpulan bahwa UUD 1945 (sebelum amandemen) tidak menganut sistem pemisahan kekuasaan (*Trias Politica*) sebagaimana diajarkan oleh Montesquieu, melainkan menganut sistem pembagian kekuasaan karena:

- a. UUD 1945 tidak membatasi secara tajam, bahwa setiap kekuasaan itu harus dilakukan oleh satu organ/badan tertentu yang tidak boleh saling campur tangan.
- b. UUD 1945 tidak membatasi kekuasaan itu dibagi atas tiga bagian saja dan juga tidak membatasi pembagian kekuasaan dilakukan oleh tiga organ/badan saja.
- c. UUD 1945 tidak membagi habis kekuasaan rakyat yang dilakukan oleh MPR (Pasal 1 ayat 2), kepada lembaga negara lainnya.

Demikian juga Jimly⁴⁷ yang menyatakan bahwa selama ini (sebelum amandemen), UUD 1945 menganut paham pembagian kekuasaan yang bersifar

⁴⁵ Asshiddiqie, Jimly, *Op Cit*, hlm. 35

⁴⁶ Jimly, *Ibid.* 35-36

⁴⁷ Jimly Asshiddiqie, *I b i d*, h lm.166

vertikal, bukan pemisahan kekuasaan yang bersifat horizontal. Kedaulatan rakyat dianggap terwujud penuh dalam wadah MPR yang dapat ditafsirkan sebagai lembaga tertinggi ataupun sebagai forum tertinggi. Dari sini, fungsi-fungsi tertentu dibagikan sebagai tugas dan kewenangan lembaga-lembaga tinggi negara yang ada dibawahnya, yaitu Presiden, DPR, MA, dan seterusnya. Dalam perspektif pembagian kekuasaan yang bersifat vertikal itu, prinsip kesederajatan dan perimbangan kekuasaan itu tidaklah bersifat primer. Karena itu, dalam UUD 1945 yang asli (UUD 1945 sebelum amandemen: pen) tidak diatur pemisahan yang tegas dari fungsi legislatif dan eksekutif. Dalam sistem yang lama, fungsi utama DPR lebih merupakan lembaga pengawas daripada lembaga legislatif dalam arti yang sebenarnya. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan UUD 1945 sebelum amandemen. Presiden disamping memegang kekuasaan pemerintahan (kepala eksekutif, Pasal 4 ayat 1), juga memegang kekuasaan membentuk undang-undang dan peraturan pemerintah (kekuasaan legislatif, Pasal 5), sementara fungsi DPR dalam membentuk undang-undang bersifat pasif yaitu sebatas memberikan persetujuan (Pasal 20). Presiden juga memberi grasi, amnesti, abolisi dan rehabilitasi (kekuasaan yudikatif, Pasal 14). Demikian juga kekuasaan Presiden yang lain mendapatkan porsi pengaturan yang lebih besar dalam UUD 1945, dibandingkan dengan kekuasaan lembaga negara tinggi lainnya. Kekuasaan Presiden yang besar, menjadi tidak terimbangi oleh kekuasaan lembaga negara tinggi lainnya, karena sebagian besar kekuasaannya tidak dipengaruhi oleh kekuasaan lainnya (Presiden dianggap mempunyai hak prerogatif /hak istimewa). MPR (lembaga legislatif) sebagai

pemegang tunggal kedaulatan rakyat memilih Presiden (Pasal 6) dan dapat memberhentikan Presiden dalam masa jabatannya (Pasal 8), apabila dalam pengawasan DPR dianggap sungguh - sungguh telah melanggar UUD dan GBHN (penjelasan UUD 1945). GBHN yang dituangkan dalam TAP MPR merupakan program kerja yang dimandatkan kepada Presiden. Penjelasan UUD 1945 menegaskan bahwa Presiden yang diangkat oleh Majelis, bertunduk dan bertanggungjawab kepada Majelis. Ia ialah "mandataris" dari Majelis. Ia berwajib menjalankan putusan-putusan Majelis. Dalam sistem pemerintahan presidensil di Amerika Serikat, program kerja pemerintah disusun sendiri oleh Presiden dan sama sekali tidak perlu dimintakan persetujuannya dari kongres. Demikian juga pada pemerintahan parlementer, program kerja disusun sendiri oleh pemerintah, dan sebelum dilaksanakan dimintakan dulu pengesahannya dari parlemen (Kusnardi, 1988: 194-195)⁴⁸.

Setelah UUD 1945 diamandemen, terjadi perubahan mendasar bahwa kedaulatan rakyat tidak lagi dilaksanakan sepenuhnya oleh MPR, tetapi dilaksanakan oleh banyak lembaga negara menurut ketentuan yang ditetapkan dalam undang-undang dasar. Hal ini berarti bahwa tugas dan wewenang lembaga-lembaga negara mendapat atribusi langsung dari UUD 1945 sebagai manifestasi kehendak rakyat. Akibatnya terjadi perubahan struktur dan mekanisme kelembagaan negara, dimana MPR tidak lagi berkedudukan sebagai lembaga negara tertinggi. MPR, DPR, DPD, Presiden dan Wakil Presiden, MA, MK dan Badan Pemeriksa Keuangan berkedudukan sebagai lembaga negara tinggi.

⁴⁸ Kusnardi. *Op.cit.* hlm. 194-195

Hal ini berarti telah terjadi pergeseran prinsip dari pembagian kekuasaan yang bersifat vertikal menjadi pemisahan kekuasaan yang bersifat horizontal.

Materi perubahan pada Perubahan Keempat UUD 1945 telah mereposisi kelembagaan negara dan hubungan antar lembaga negara. Penguatan demokrasi (kedaulatan rakyat) dan sistem pemerintahan presidensial telah menimbulkan pergeseran kekuasaan diantara eksekutif dan legislatif, serta menempatkan lembaga yudisial sebagai penegak supremasi hukum.

Dilihat dari ketentuan UUD 1945 amandemen, terdapat berbagai perubahan ketentuan ketatanegaraan yang bersifat mendasar. Pertama, tidak dikenal lagi lembaga negara tertinggi. Kedudukan diantara lembaga negara adalah sederajat, dan semuanya merupakan lembaga negara tinggi. Konsekuensinya adalah MPR tidak lagi mempunyai kewenangan menetapkan GBHN dan memilih Presiden dan Wakil Presiden, melainkan Presiden dipilih langsung oleh rakyat (Pasal 3 dan Pasal 6A ayat (1)).

Demikian juga Presiden dan atau Wakil Presiden tidak dapat diberhentikan oleh lembaga legislatif (MPR/DPR) melalui suatu keputusan politik belaka, melainkan harus diputuskan terlebih dahulu secara hukum oleh lembaga penegak hukum konstitusi (MK) (Pasal 7B). Begitu pula DPR (yang seluruh anggotanya dipilih langsung oleh rakyat) tidak dapat dibubarkan/dibekukan oleh Presiden (Pasal 7C). Dan tidak kalah pentingnya penegasan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan (Pasal 24).

Kedua, mempertegas original power masing-masing lembaga negara. DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang (Pasal 20 ayat 1), kemudian ditegaskan lagi dalam Pasal 20A yang tidak hanya mempunyai fungsi legislasi, tetapi juga fungsi anggaran dan fungsi pengawasan. Presiden memegang kekuasaan pemerintahan (Pasal 4) dan MA dan MK menjalankan kekuasaan kehakiman (Pasal 24). Sementara lembaga negara lainnya juga ditetapkan kewenangannya, baik kewenangannya berkaitan dengan eksekutif, legislatif dan yudikatif (pengawasan penggunaan keuangan negara oleh BPK, sebagaimana diatur dalam Pasal 23E), maupun salah satu diantaranya (misalnya KY yang berhubungan dengan MA dalam pengisian hakim agung sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 24B).

Ketiga, diaturnya hubungan antara lembaga-lembaga negara, sehingga kerjasama antara lembaga negara dalam menjalankan amanat rakyat dapat dilakukan dengan baik dan mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga negara yang bersangkutan. Dalam UUD 1945 amandemen cukup banyak diatur hubungan ini, yaitu: (i) dalam bidang legislasi Presiden berhak mengajukan RUU kepada DPR (Pasal 5 ayat 1), dan setiap RUU dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama (Pasal 20 ayat 2); (ii) hubungan DPR, MK dan MPR dalam proses pemberhentian Presiden dan/Wakil Presiden dalam masa jabatannya (Pasal 7A dan 7B); (iii) hubungan antara Presiden dan DPR dalam pembuatan perjanjian internasional, menyatakan perang dan damai (Pasal 11), pengangkatan pejabat negara, seperti dalam pengangkatan duta dan penempatan duta negara lain (Pasal 13), dan pemberian amnesti

dan abolisi (Pasal 14 ayat 2); (iv) hubungan antara Presiden dan MA hanya sebatas memberikan pertimbangan dalam pemberian grasi dan rehabilitasi oleh Presiden (Pasal 14).

2.13 Teori Stufenbau Hans Kelsen : Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan

Berdasarkan penjabaran sebelumnya, maka teori Hans Kelsen yang mendapat banyak perhatian adalah hierarki norma hukum dan rantai validitas yang membentuk piramida hukum (*stufentheorie*). Salah seorang tokoh yang mengembangkan teori tersebut adalah murid Hans Kelsen, yaitu Hans Nawiasky. Teori Nawiasky disebut dengan *theorie von stufenufbau der rechtsordnung*. Susunan norma menurut teori tersebut adalah :⁴⁹

1. Norma fundamental Negara
2. Aturan dasar negara
3. Undang-undang formal
4. Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom.

Staatsfundamentalnorm adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*staatsverfassung*) dari suatu negara. Posisi hukum dari suatu *Staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat bagi berlakunya suatu konstitusi. *Staatsfundamentalnorm* ada terlebih dahulu dari konstitusi suatu negara. Menurut Nawiasky, norma tertinggi yang oleh

⁴⁹Mahfud, MD, "Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia". Jakarta, PT.Rineka Cipta, hlm. 75

Kelsen disebut sebagai norma dasar (*basic norm*) dalam suatu negara sebaiknya tidak disebut sebagai *staatsgrundnorm* melainkan *Staatsfundamentalnorm*, atau norma fundamental negara. *Grundnorm* pada dasarnya tidak berubah-ubah, sedangkan norma tertinggi berubah misalnya dengan cara kudeta atau revolusi.⁵⁰

Berdasarkan teori Nawiasky tersebut, kita dapat membandingkannya dengan teori Kelsen dan menerapkannya pada struktur tata hukum di Indonesia, sebagaimana yang ditunjukkan oleh Attammimi tentang struktur hierarki tata hukum Indonesia dengan menggunakan teori Nawiasky. Berdasarkan teori tersebut, struktur tata hukum Indonesia adalah.⁵¹

1. *Staatsfundamentalnorm*: Pancasila (Pembukaan UUD N RI 1945).
2. *Staatsgrundgesetz*: Batang Tubuh UUD 1945, Tap MPR, dan Konvensi Ketatanegaraan.
3. *Formell gesetz*: Undang-Undang.
4. *Verordnung en Autonome Satzung*: Secara hierarkis mulai dari Peraturan Pemerintah hingga Keputusan Gubernur, Bupati atau Walikota.

Pancasila dilihatnya sebagai cita hukum (*rechtsidee*) merupakan pengemudi. Hal ini mengharuskan pembentukan hukum positif adalah untuk mencapai ide-ide yang tercantum dalam Pancasila, serta dapat digunakan untuk menguji hukum positif. Dengan ditetapkannya Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm* maka pembentukan hukum, penerapan,

⁵⁰Hans Kelsen, Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, Bandung, Yapemdo. 2000, hlm. 52

⁵¹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta, Konstitusi Press. 2005, hlm.91

dan pelaksanaannya tidak dapat dilepaskan dari apa yang tercantum dalam Pancasila.

Namun, dengan penempatan Pancasila sebagai *Staats-fundamentalnorm* berarti menempatkannya di atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Jika demikian, Pancasila tidak termasuk dalam pengertian konstitusi, karena berada di atas konstitusi. Untuk membahas permasalahan ini dapat dilakukan dengan melacak kembali konsepsi norma dasar dan konstitusi menurut Kelsen dan pengembangan yang dibuat oleh Nawiasky, serta melihat hubungan antara Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kelsen membahas validitas norma-norma hukum dengan menggambarannya sebagai suatu rantai validitas yang berujung pada konstitusi negara. Jika bertanya mengapa konstitusi itu valid, mungkin dapat menunjuk pada konstitusi lama. Akhirnya mencapai beberapa konstitusi hingga konstitusi pertama yang ditetapkan oleh individu atau semacam majelis. Validitas konstitusi pertama adalah presuposisi terakhir, postulat yang final, di mana validitas semua norma dalam tata aturan hukum bergantung. Dokumen yang merupakan wujud konstitusi pertama adalah konstitusi sesungguhnya, suatu norma mengikat, hanya dalam kondisi dipresuposisikan sebagai valid. Presuposisi inilah yang disebut dengan istilah *trancendental-logical pressuposition*.

Semua norma hukum adalah milik satu tata aturan hukum yang sama karena validitasnya dapat dilacak kembali, secara langsung atau tidak, kepada konstitusi pertama. Bahwa konstitusi pertama adalah norma

hukum yang mengikat adalah sesuatu yang dipreposisikan, dan formulasi preposisi tersebut adalah norma dasar dari tata aturan hukum ini.

Kalimat terakhir jelas menunjukkan adanya dua hal, yaitu norma dasar adalah presuposisi atas validitas konstitusi pertama. Norma dasar tidak dibuat dalam prosedur hukum oleh organ pembuat hukum. Norma ini valid tidak karena dibuat dengan cara tindakan hukum, tetapi valid karena dipresuposisikan valid, dan dipresuposisikan valid karena tanpa presuposisi ini tidak ada tindakan manusia dapat ditafsirkan sebagai hukum, khususnya norma pembuat hukum.

Logika Kelsen tersebut sering dipahami secara salah dengan mencampur adukkan antara presuposisi validitas dan konstitusi. Hal tersebut yang selanjutnya diselesaikan oleh Nawiasky dengan membedakan antara *staatsfundamental-norm* dengan *staatsgrundgesetz* atau *grundnorm* dengan alasan bahwa *grundnorm* pada dasarnya tidak berubah sedangkan *staatsfundamentalnorm* dapat berubah seperti melalui kudeta atau revolusi.

Pendapat Nawiasky tersebut sebenarnya sejalan dengan pandangan Kelsen. Kelsen juga menyatakan bahwa konstitusi memang dibuat sulit untuk diubah karena dengan demikian menjadi berbeda dengan norma hukum biasa. Selain itu, Kelsen juga menyatakan bahwa suatu tata hukum kehilangan validitasnya secara keseluruhan jika terjadi kudeta atau revolusi yang efektif. Kudeta atau revolusi adalah perubahan tata hukum selain dengan cara yang ditentukan oleh tata hukum itu sendiri. Kudeta atau revolusi menjadi fakta hilangnya presuposisi validitas konstitusi pertama dan digantikan

dengan presuposisi yang lain. Tata hukum yang berlaku adalah sebuah tata hukum baru meskipun dengan materi yang sama dengan tata hukum lama.

Berdasarkan uraian antara pandangan Kelsen dan Nawiasky tersebut dapat disimpulkan bahwa *staats-fundamentalnorm* yang dikemukakan oleh Nawiasky adalah presuposisi validitas konstitusi pertama yang dikemukakan oleh Kelsen sebagai norma dasar. Sedangkan *staats-grundgesetz*-nya Nawiasky adalah konstitusi dalam pandangan Kelsen.

2.14 Teori Kewenangan

Dalam literatur ilmu politik, ilmu pemerintahan, dan ilmu hukum sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan, dan wewenang. Kekuasaan sering disamakan begitu saja dengan kewenangan, dan kekuasaan sering dipertukarkan dengan istilah kewenangan, demikian pula sebaliknya. Bahkan kewenangan sering disamakan juga dengan wewenang. Kekuasaan biasanya berbentuk hubungan dalam arti bahwa “ada satu pihak yang memerintah dan pihak lain yang diperintah” (*the rule and the ruled*)⁵²

Berdasarkan pengertian tersebut di atas, dapat terjadi kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum. Kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum oleh Henc van Maarseven disebut sebagai “*blote macht*”⁵³ sedangkan kekuasaan yang berkaitan dengan hukum oleh Max Weber disebut sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu

⁵²Miriam Budiardjo, *op.cit.*, hlm. 35-36

⁵³Suwoto Mulyosudarmo, *Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik dan Yuridis Pertanggungjawaban Kekuasaan*, Surabaya, Universitas Airlangga, 1990, hlm. 30

sistem hukum ini dipahami sebagai suatu kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi oleh masyarakat dan bahkan yang diperkuat oleh Negara.⁵⁴

Dalam hukum publik, wewenang berkaitan dengan kekuasaan.⁵⁵ Kekuasaan memiliki makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh Eksekutif, Legislatif dan Yudikatif adalah kekuasaan formal. Kekuasaan merupakan unsur esensial dari suatu Negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan di samping unsur-unsur lainnya, yaitu: a) hukum; b) kewenangan (wewenang); c) keadilan; d) kejujuran; e) kebijakbestarian; dan f) kebajikan.⁵⁶

Kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan Negara agar Negara dalam keadaan bergerak (*de staat in beweging*) sehingga Negara itu dapat berkiprah, bekerja, berkapasitas, berprestasi, dan berkinerja melayani warganya. Oleh karena itu Negara harus diberi kekuasaan. Kekuasaan menurut Miriam Budiardjo adalah kemampuan seseorang atau sekelompok orang manusia untuk mempengaruhi tingkah laku seseorang atau kelompok lain sedemikian rupa sehingga tingkah laku itu sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang atau Negara.⁵⁷

Agar kekuasaan dapat dijalankan maka dibutuhkan penguasa atau organ sehingga Negara itu dikonsepskan sebagai himpunan jabatan-jabatan (*een ambten complex*) di mana jabatan-jabatan itu diisi oleh sejumlah pejabat yang mendukung

⁵⁴A. Gunawan Setiardja, *Dialektika Hukum dan Moral* Pembangunan Masyarakat Indonesia, Yogyakarta, Kanisius, 1990, hlm, 52

⁵⁵Philipus M. Hadjon, *Tentang Wewenang*, Makalah, Universitas Airlangga, Surabaya, tanpa tahun, hlm, 1

⁵⁶Rusadi Kantaprawira, *Hukum dan Kekuasaan*, Makalah, Yogyakarta, Universitas Islam Indonesia, 1998, hlm, 37-38

⁵⁷Miriam Budiardjo, *Op Cit*, hlm, 35

hak dan kewajiban tertentu berdasarkan konstruksi subyek-kewajiban. Dengan demikian kekuasaan mempunyai dua aspek, yaitu aspek politik dan aspek hukum, sedangkan kewenangan hanya beraspek hukum semata. Artinya, kekuasaan itu dapat bersumber dari konstitusi, juga dapat bersumber dari luar konstitusi (*inkonstitusional*), misalnya melalui kudeta atau perang, sedangkan kewenangan jelas bersumber dari konstitusi.

Kewenangan sering disejajarkan dengan istilah wewenang. Istilah wewenang digunakan dalam bentuk kata benda dan sering disejajarkan dengan istilah "*bevoegheid*" dalam istilah hukum Belanda. Menurut Phillipus M. Hadjon, jika dicermati ada sedikit perbedaan antara istilah kewenangan dengan istilah "*bevoegheid*". Perbedaan tersebut terletak pada karakter hukumnya. Istilah "*bevoegheid*" digunakan dalam konsep hukum publik maupun dalam hukum privat. Dalam konsep hukum kita istilah kewenangan atau wewenang seharusnya digunakan dalam konsep hukum publik.

Ateng Syafrudin berpendapat ada perbedaan antara pengertian kewenangan dan wewenang. Kita harus membedakan antara kewenangan (*authority, gezag*) dengan wewenang (*competence, bevoegheid*). Kewenangan adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang, sedangkan wewenang hanya mengenai suatu "*onderdeel*" (bagian) tertentu saja dari kewenangan. Di dalam imkewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbevoegdheden*). Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah (*bestuur*), tetapi meliputi

wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Secara yuridis, pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum.⁵⁸ Pengertian wewenang menurut H.D. Stout adalah: *Bevoegheid wet kan worden omscreven als het geheel van bestuurechtelijke bevoegdheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuurechtelijke rechtsverkeer.* (wewenang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik dalam hukum publik).⁵⁹

Dari berbagai pengertian kewenangan sebagaimana tersebut di atas, penulis berkesimpulan bahwa kewenangan (*authority*) memiliki pengertian yang berbeda dengan wewenang (*competence*). Kewenangan merupakan kekuasaan formal yang berasal dari undang-undang, sedangkan wewenang adalah suatu spesifikasi dari kewenangan, artinya barang siapa (subjek hukum) yang diberikan kewenangan oleh undang-undang, maka ia berwenang untuk melakukan sesuatu yang tersebut dalam kewenangan itu.

Kewenangan yang dimiliki oleh organ (institusi) pemerintahan dalam melakukan perbuatan nyata (riil), mengadakan pengaturan atau mengeluarkan keputusan selalu dilandasi oleh kewenangan yang diperoleh dari konstitusi secara atribusi, delegasi, maupun mandat. Suatu atribusi menunjuk

⁵⁸Indroharto, *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Paulus Efendie Lotulung, Himpunan Makalah Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1994, hlm. 65

⁵⁹Stout HD, de Betekenissen van de wet, Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, Bandung, Alumni, 2004, hlm,4

pada kewenangan yang asli atas dasar konstitusi (UUD). Pada kewenangan delegasi, harus ditegaskan suatu pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain. Pada mandat tidak terjadi pelimpahan apapun dalam arti pemberian wewenang, akan tetapi, yang diberi mandat bertindak atas nama pemberi mandat.

Dalam pemberian mandat, pejabat yang diberi mandat menunjuk pejabat lain untuk bertindak atas nama mandator (pemberi mandat).

Dalam kaitan dengan konsep atribusi, delegasi, ataupun mandat, J.G. Brouwer dan A.E. Schilder, mengatakan:

- a. *with attribution, power is granted to an administrative authority by an independent legislative body. The power is initial (originair), which is to say that is not derived from a previously existing power. The legislative body creates independent and previously non existent powers and assigns them to an authority.*
- b. *Delegation is a transfer of an acquired attribution of power from one administrative authority to another, so that the delegate (the body that the acquired the power) can exercise power in its own name.*
- c. *With mandate, there is not transfer, but the mandate giver (mandans) assigns power to the body (mandataris) to make decision or take action in its name.*

J.G. Brouwer berpendapat bahwa atribusi merupakan kewenangan yang diberikan kepada suatu organ (institusi) pemerintahan atau lembaga Negara oleh suatu badan legislatif yang independen. Kewenangan ini adalah asli, yang tidak diambil dari kewenangan yang ada sebelumnya. Badan legislatif menciptakan kewenangan mandiri dan bukan perluasan kewenangan sebelumnya dan memberikan kepada organ yang berkompeten.

Delegasi adalah kewenangan yang dialihkan dari kewenangan atribusi dari suatu organ (institusi) pemerintahan kepada organ lainnya sehingga delegator (organ yang telah memberi kewenangan) dapat menguji kewenangan tersebut atas namanya, sedangkan pada Mandat, tidak terdapat suatu pemindahan kewenangan tetapi pemberi mandat (mandator) memberikan kewenangan kepada organ lain (mandataris) untuk membuat keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya.

Ada perbedaan mendasar antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang ada siap dilimpahkan, tetapi tidak demikian pada delegasi. Berkaitan dengan asas legalitas, kewenangan tidak dapat didelegasikan secara besar-besaran, tetapi hanya mungkin dibawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi tersebut.

Delegasi harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- a. delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
- b. delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan jika ada ketentuan yang memungkinkan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
- c. delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
- d. kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya delegasi berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut;

- e. peraturan kebijakan (beleidsregel), artinya delegans memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.

Kewenangan harus dilandasi oleh ketentuan hukum yang ada (konstitusi), sehingga kewenangan tersebut merupakan kewenangan yang sah. Dengan demikian, pejabat (organ) dalam mengeluarkan keputusan didukung oleh sumber kewenangan tersebut. Stroink menjelaskan bahwa sumber kewenangan dapat diperoleh bagi pejabat atau organ (institusi) pemerintahan dengan cara atribusi, delegasi dan mandat. Kewenangan organ (institusi) pemerintah adalah suatu kewenangan yang dikuatkan oleh hukum positif guna mengatur dan mempertahankannya. Tanpa kewenangan tidak dapat dikeluarkan suatu keputusan yuridis yang benar.⁶⁰

2.1.5 Teori Ketidakteraturan Hukum

Charles Sampford merupakan salah satu pemikir yang mencoba mengeksplorasi teori chaos dalam ilmu hukum. Pada akhir tahun 90-an Charles Sampford menerbitkan buku berjudul “The Disorder Of law”, dengan tambahan “A Critique of Legal theory”, sebagai bentuk penolakannya terhadap apa yang dipegang teguh oleh para pemikir dari madzhab hukum positivistic, yang mendasarkan pendapatnya pada teori sistem. Sampford melihat bahwa banyak ketidak teraturan dalam hukum, namun oleh karena para pemikir dari madzhab hukum positivistic ingin tetap melihat bahwa hukum itu adalah sebuah sistem yang rasional, dan untuk itulah mereka mencari sandaran

⁶⁰F.A.M. Stroink dan Aplikasinya 2006, hlm, 219
Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah Konstitusi Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti,

rasionalitas bangunan teoreny pada teori sistem. Padahal menurut Stampford teori hukum tidaklah harus selalu didasarkan pada teori sistem (mengenai) hukum, hal ini disebabkan hubungan-hubungan yang terjadi dalam masyarakat pada dasarnya menunjukkan adanya hubungan yang tidak simetris (asymmetries), karena bagaimana pun hubungan-hubungan sosial selalu dipersepsikan secara berbeda oleh para pihak.

Dengan demikian apa yang dipermukaan tampak tertib, teratur, jelas, pasti, sebenarnya penuh dengan ketidakpastian.⁶¹

Ketidakteraturan dan ketidakpastian disebabkan hubungan-hubungan dalam masyarakat bertumpu pada hubungan antar kekuatan (power relation). Hubungan kekuatan ini tidak tercermin dalam hubungan formal dalam masyarakat. Maka terdapat kesenjangan antara hubungan formal dan hubungan nyata yang didasarkan pada kekuatan. Inilah yang menyebabkan ketidakteraturan itu.⁶²

Munurut Stampford, masyarakat memperlihatkan wujudnya sebagai sebuah bangunan yang memuat banyak kesimpang siuran, yang diakibatkan dari interaksi antar para anggotanya. Masyarakat adalah ajang dari sekian banyak

⁶¹Stamford mengatakan "the sketch of disordered society outlined in this chapter begins with the social interactions and relations between its members. These can be divided into power relation (which include authority relations), unintended effects and value effect relations (based on 'normative' belief). Types and the variation of the mixtures between any two individuals are likely to be a mixture of types and the variation of the mixtures between ostensibly similar pairs of individuals may not be readily apparent. Furthermore a typical feature of all social relations is this "asymmetry" – they are perceived differently by the interacting parties". Charles Stamford, *The Disorder of Law, A Critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, 1989, hal. 103 dan 160. Lihat juga Anthon F. Susanto, *Wajah Peradilan Kita, Konstruksi Sosial tentang Penyimpangan, Mekanisme Kontrol dan Akuntabilitas Peradilan Pidana*, Refika Aditama, Bandung, 2004, hlm, 78-79.

⁶²Satjipto Rahardjo, "Rekonstruksi Pemikiran Hukum Di Era Reformasi", Makalah pada Seminar Nasional Menggugat Pemikiran Hukum Positivistik di Era Reformasi, Semarang, 22 Juli 2000, hlm, 15-16.

interaksi yang dilakukan antara orang-orang yang tidak memiliki kekuatan yang sama, sehingga terjadilah suatu hubungan berdasarkan adu kekuatan (power of relationships). Oleh karena itulah, tatanan yang muncul dari interaksi itu adalah tatanan yang a-simetris. Sampford menyebut keadaan ini sebagai fenomena “social melée” (suatu kondisi sosial yang cair / fluid).⁶³

Pada waktu sistem hukum yang secara formal sudah disusun dengan simetris itu diterapkan dalam masyarakat, maka sistem hukum tersebut dijalankan oleh kekuatan-kekuatan yang a-simetris. Produk sistem hukum yang dijalankan oleh kekuatan-kekuatan yang a-simetris itu adalah hukum yang penuh ketidakteraturan (disordered). Inilah yang kemudian oleh Stampford disebut “legal melée”.

Dengan kekuasaan dan kekuatan yang ada pada masing-masing, para pelaku hukum membuat putusan-putusan yang subjektif. Hakim melihat peranannya sebagai pembuat putusan-putusan pribadi (individual decisions); para advokat akan menggali dalam-dalam perundang-undangan yang ada untuk mencari celah-celah bagi kepentingan kliennya, sedangkan rakyat akan melihat hukum itu sebagai tindakan para pejabat hukum (*as the actions of many individual*).

Di atas basis sosial yang demikian itulah hukum sesungguhnya ada dan mengada, yaitu ditengah-tengah masyarakat yang tidak teratur, sehingga hukum pun sesungguhnya penuh dengan ketidak teraturan. Oleh karena itu, maka teori hukum pun seharusnya tidak semata-mata mendasarkan pada teori tentang

⁶³ Satjipto Rahardjo, *Ibid.*

sistem hukum (*theories of legal system*), melainkan juga teori tentang ketidakteraturan hukum (*theories of legal disorder*).

Stamford mengemukakan bahwa hukum itu bukanlah sebuah bangunan yang penuh dengan keteraturan logis-rasional. Untuk menghadapi realitas yang sedemikian kompleks, maka dunia hukum tidaklah selalu harus dilihat semata-mata sebagai sebuah dunia yang serba tertib dan teratur, melainkan harus pula dilihat dalam keadaan yang tidak beraturan (kacau/chaos). Hukum tunduk pada kekuatan-kekuatan sentripetal yang menciptakan institusi yang terorganisir, tetapi pada waktu yang sama juga tunduk pada kekuatan-kekuatan sentrifugal yang menciptakan konflik dan ketidakteraturan (disorder). Hal ini terlihat dalam salah satu argumen Sampford, yang menyatakan : "*it is only by turning to theories of legal and social disorder that it is possible to explain the phenomena and fulfill the functions claimed for legal system theory.*"⁶⁴

Berbeda dengan Newtonian maupun madzhab pemikiran positivistik hukum yang berpandangan deterministik⁶⁵, teori chaos lebih mendasarkan pada pandangan indeterministik⁶⁶. Dengan mendasarkan pada pandangan indeterministik ini, maka manusia harus ditempatkan sebagai subjek yang memiliki kebebasan penuh untuk berbuat dan tidak berbuat sesuatu. Dengan adanya kebebasan penuh tersebut, maka tingkah laku manusia akan

⁶⁴Charles Sampford, *The Disorder of Law, A Critique of Legal Theory*, (Oxford: Basic Blackwell Ltd, 1989), hlm. 148.

⁶⁵Determinisme adalah pandangan bahwa setiap kejadian (termasuk perilaku manusia, pengambilan keputusan dan tindakan) adalah merupakan bagian yang tak terpisahkan dari rangkaian kejadian-kejadian sebelumnya

⁶⁶Pandangan Indeterministik menyatakan tidak semua kejadian merupakan rangkaian dari kejadian masa lalu, tetapi ada faktor kesempatan (chance) dan kegigihan (necessity). Kesempatan (chance) merupakan faktor yang dapat mendorong terjadinya perubahan, sedangkan kegigihan (necessity) dapat membuat sesuatu itu akan berubah atau dipertahankan sesuai asalnya

memperlihatkan ketidakteraturan dan ketidakpastian. Hal ini sebenarnya bukan hanya milik manusia saja, karena pada skala kecil, semua benda merupakan lapangan ketidakpastian.

Dalam kacamata fisika Newton, alam semesta tampak teratur atau terprediksi, ada gaya dan kaidah yang mengatur beroperasinya gaya tersebut. Inilah landasan ide bahwa alam semesta beroperasi seperti jam mekanik. Teori Newton ini menurut Satjipto Rahardjo mengingatkan pada teori positivis dalam hukum dan sebagaimana teori Newton yang tak dapat menjelaskan fenomena relativistik maupun fenomena chaos, teori positivis ini pun tak dapat menjelaskan fenomena hukum yang terjadi di Indonesia.⁶⁷

Dengan demikian secara teoritis, teori positivis semestinya harus sudah lengser sebagaimana Newton, akan tetapi teori tetap hidup bahkan mendominasi kehidupan hukum di Indonesia. Ini disebabkan karena teori positivis telah mengakar kuat, tidak hanya dalam lembaga pendidikan tinggi, tetapi juga pada lembaga-lembaga penegak hukum yang mewujudkan hukum yang ada dalam undang-undang sebagai hukum yang hidup. Dalam konteks yang demikian, maka diperlukan pemahaman baru tentang dunia. Sebagaimana dikemukakan oleh Yasraf Amir Piliang, dunia saat ini haruslah dilihat sebagai tumbuhan yang merambat (rhizome) yang bersifat chaotic, ketimbang seperti sebatang pohon (yang bersifat sentralistik, hierarkis, birokratis).

⁶⁷Sebagai sebuah bangunan teori yang telah mengakar, teori positivis praktiknya masih perkasa. Hal disebabkan karena hukum modern – sebagai produk modernisasi yang merupakan ibu kandung dari teori positivis – masih diagung-agungkan sebagai hukum yang baik untuk Indonesia. Mereka (kaum positivis) tak mau membuka jendela dan menatap pemandangan lain dan mencari sandaran baru untuk menjelaskan fenomena chaos yang terjadi. Mereka terkungkung pandangan yang mengagung-agungkan hukum modern hingga menimbulkan sikap chauvinistik.

Tidak dapat dipungkiri selama ini telah timbul kesalah pahaman akan makna dari teori chaos, yang menyebut bahwa “teori chaos bukan keteraturan”, ia tidak menyatakan bahwa keadaan yang teratur itu tidak ada. Istilah “chaos” dalam “teori chaos” justru merupakan keteraturan, bukan sekedar keteraturan tetapi “essensi keteraturan”. Memang teori chaos menjelaskan bahwa perubahan yang kecil dapat menimbulkan fluktuasi yang besar. Akan tetapi, intisari konsep chaos menyatakan, meskipun tidak mungkin memprediksi keadaan secara pasti, perilaku seluruh kondisi tersebut mudah diketahui. Jadi teori chaos menekankan bukan pada ketakteraturan, melainkan pada keteraturan. Ketidakteraturan memang hadir bagi pandangan hukum tradisional, Liberal/positivistik, akan tetapi apabila memandang lebih kritis pada perilaku keseluruhan secara terpadu, keteraturan yang akan tampak. Jadi teori chaos yang dianggap berkenaan dengan ketakteraturan, pada saat yang sama berbicara tentang keteraturan. Keteraturan dan kekacauan kini dipandang sebagai dua kekuatan yang saling berhubungan, yang satu mengandung yang lain, yang satu mengisi yang lain. Melenyapkan kekacauan berarti melenyapkan daya perubahan dan kreativitas.

2.2 Kerangka Konseptual

2.2.1 Konsep Politik Hukum

Politik hukum mengandung dua sisi yang tidak terpisahkan, yakni: (1) sebagai arahan pembuatan hukum atau *legal policy* lembaga-lembaga negara dalam pembuatan hukum, dan (2) sekaligus alat untuk menilai dan mengkritisi apakah sebuah hukum yang dibuat sudah sesuai atau tidak dengan kerangka pikir *legal policy* tersebut untuk mencapai tujuan negara.

Menurut Muhadar politik hukum adalah *Legal Policy* yang akan dilaksanakan secara nasional oleh pemerintah yang mencakup: pembangunan hukum yang berintikan pembuatan materi-materi hukum agar dapat sesuai dengan kebutuhan pembangunan, termasuk materi-materi hukum di bidang pertanahan; juga bagaimana pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada termasuk penegakan supremasi hukum, sesuai fungsi-fungsi hukum, fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum. Dengan kata lain, politik hukum mencakup proses pembangunan dan pelaksanaan hukum yang dapat menunjukkan peranan, sifat dan kearah mana hukum akan di bangun dan ditegakkan.

Politik Hukum menurut Soedarto merupakan kebijakan dari badan- badan negara yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki, yang diperikaran akan digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan. Sementara itu Padmo Wahjono mengatakan bahwa Politik Hukum adalah kebijakan penyelenggara negara tentang apa yang dijadikan untuk menghukumkan sesuatu. Dalam hal ini kebijakan tersebut dapat berkaitan dengan pembentukan hukum, penerapan hukum dan penegakannya sendiri.

Seiring dengan perkembangannya, beberapa pakar mencoba untuk mendefinisikan politik hukum itu sendiri diantara lain :

1. Satjipto Rahardjo

Politik Hukum adalah aktivitas untuk menentukan suatu pilihan mengenai tujuan dan cara – cara yang hendak dipakai untuk mencapai tujuan hukum dalam masyarakat.

3. L. J. Van Apeldorn

Politik hukum sebagai politik perundang – undangan .Politik Hukum berarti menetapkan tujuan dan isi peraturan perundang – undangan .(pengertian politik hukum terbatas hanya pada hukum tertulis saja.

4. Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto_

Politik Hukum sebagai kegiatan – kegiatan memilih nilai- nilai dan menerapkan nilai – nilai.

Dari beberapa pengertian di atas, maka terdapat unsur penting dalam suatu Politik Hukum, yaitu pencapaian tujuan suatu negara. Hal ini merupakan pengejawantahan makna bahwa bagaimanapun politik hukum suatu negara, maka hal yang terpenting adalah sejauh apa kebijakan pembentukan peraturan perundang-undangan dapat mengakomodasi langkah-langkah pencapaian tujuan suatu bangsa.

Dalam konteks keIndonesiaan, tujuan bangsa Indonesia adalah membentuk masyarakat yang adil, makmur berdasarkan Pancasila. Secara eksplisit hal ini tertuang di dalam alinea keempat Pembukaan UUD NRI 1945 yang meliputi

:

1. Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia;
2. Memajukan kesejahteraan umum;
3. Mencerdaskan kehidupan bangsa;

4. Ikut melaksanakan ketertiban dunia, berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Penyelenggaraan tujuan negara tersebut tentunya haruslah didasarkan pada Pancasila sebagai dasar negara Republik Indonesia. Sementara Hukum sebagai alat untuk mencapai tujuan tersebut, selain berpijak pada lima dasar (sila Pancasila) untuk mencapai tujuan negara, juga harus berfungsi dan selalu berpijak pada empat prinsip cita hukum (*recthsidee*) ;

1. Melindungi semua unsur bangsa (*nation*) dan keutuhan (integrasi)
 2. Mewujudkan keadilan sosial dalam bidang ekonomi dan kemasyarakatan
 3. Mewujudkan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan negara hukum (nomokrasi)
 4. Menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan berkeadaban dalam hidup beragama.
5. Moh. Mahfud MD.

Politik Hukum (dikaitkan di Indonesia) adalah sebagai berikut :

- a) Bahwa definisi atau pengertian hukum juga bervariasi namun dengan meyakini adanya persamaan substansif antara berbagai pengertian yang ada atau tidak sesuai dengan kebutuhan penciptaan hukum yang diperlukan.
- b) Pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada, termasuk penegasan Bellefroid dalam bukunya *Inleiding Tot de Fechts Weten Schap in Nederland*

Mengutarakan posisi politik hukum dalam pohon ilmu hukum sebagai ilmu. Politik hukum merupakan salah satu cabang atau bagian dari ilmu hukum, menurutnya ilmu hukum terbagi atas :

- Dogmatika Hukum
- Sejarah Hukum
- Perbandingan Hukum
- Politik Hukum
- Ilmu Hukum Umum

Berdasarkan karyanya Mahfud mencoba melihat hukum dari sisi yuridis sosio-politis, yaitu menghadirkan sistem politik sebagai variabel yang mempengaruhi rumusan dan pelaksanaan hukum. Berdasarkan hasil penelitiannya, Mahfud berkesimpulan bahwa suatu proses dan konfigurasi politik rezim tertentu akan sangat signifikan pengaruhnya terhadap suatu produk hukum yang kemudian dilahirkan. Dalam negara yang konfigurasi politiknya demokratis, produk hukumnya berkarakter responsif atau populistik, sedangkan di negara yang berkonfigurasi politiknya otoriter, produk hukumnya berkarakter ortodoks atau konservatif atau elitis.

2.2.2 Konsep Otonomi Daerah

Gerakan Reformasi 1998 telah membawa angin perubahan dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Sistem pemerintahan yang sentralistis dengan UU No. 5 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Pemerintahan di Daerah digantikan dengan pemerintahan yang desentralistis. Artinya sejumlah wewenang pemerintahan diserahkan oleh

Pemerintah kepada daerah otonom, kecuali urusan pemerintahan yang meliputi politik luar negeri, pertahanan, keamanan dan yustisi yang tetap menjadi kewenangan Pemerintah. Prinsip otonomi daerah menekankan pada pemberian kewenangan pemerintahan kepada pemerintahan daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menjadi kewenangannya dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sesuai dengan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, daerah otonom berwenang untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. Pemberian otonomi luas kepada daerah diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan dan peran serta masyarakat. Disamping itu melalui otonomi luas, daerah diharapkan mampu meningkatkan daya saing dengan memperhatikan prinsip demokrasi, pemerataan, keadilan, keistimewaan dan kekhususan serta potensi dan keanekaragaman daerah dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Pelembagaan Otonomi daerah bukan hanya diartikulasi sebagai *a final destination (tujuan akhir)*, tetapi lebih sebagai *mechanism (mekanisme)* dalam menciptakan demokratisasi penyelenggaraan pemerintahan yang dilaksanakan sendiri oleh daerah otonom. Di antara prasyarat yang harus dipenuhi untuk mencapai tujuan tersebut adalah pemerintahan daerah harus memiliki teritorial kekuasaan yang jelas (*legal territorial of power*); memiliki pendapatan daerah sendiri (*local own income*); memiliki badan perwakilan (*local*

representative body) yang mampu mengontrol eksekutif daerah.⁶⁸ Inilah hakekat otonomi daerah sebagai paradikma.

Secara etimologi konsep “otonomi berasal dari bahasa latin yang terdiri dari “*auto*” yang berarti *sendiri* dan “*nomos*” berarti *aturan*. Dalam pengertian lain dikemukakan oleh Ateng Syaifuddin bahwa :⁶⁹ “Otonomi adalah kebebasan bergerak yang diberikan oleh daerah otonom yang berarti memberikan kesempatan untuk memberikan prakarsanya sendiri dari segala macam kekuasaannya, untuk mengurus kepentingan umum (penduduk); pemerintahan yang demikian dinamakan otonom”.

Selanjutnya Ateng Syaifuddin⁷⁰ memberikan pandangan bahwa “istilah otonomi mempunyai makna kebebasan atas kemandirian (*Zelfstandieheid*) tetapi kemerdekaan yang terbatas atas kemandirian ini adalah wujud pemberian kesempatan yang harus dipertanggungjawabkan”.

Apabila dikaitkan dengan penelitian ini, maka melalui penerapan ilmu pemerintahan (*kybernology*), menurut Taliziduhu Ndraha⁷¹ ada 4 (empat) aspek untuk mendefinisikan daerah otonom yaitu :

1. Daerah adalah masyarakat hukum, jadi seluruh rakyat;
2. Daerah adalah pelaksanaan sub unit ekonomi (pengurus rumah tangga)
3. Daerah adalah satuan lingkungan budaya
4. Daerah adalah sub system politik

⁶⁸ Boy Yendra Tamin, SH.MH, [Fungsi Legislasi Dprd Dan Pembentukan Daerah](http://boyendratamin.com/artikel-9-fungsi-legislasi-dprd-dan-pembentukan-peraturan-daerah.html), diunduh dari [http:// boyendratamin.com /artikel-9-fungsi-legislasi -dprd- dan- pembentukan-peraturan-daerah. html](http://boyendratamin.com/artikel-9-fungsi-legislasi-dprd-dan-pembentukan-peraturan-daerah.html), terakhir diakses pada 2 februari 2012

⁶⁹Ateng Syaifudin, *Sistem-sistem Pemerintahan Negara-negara ASEAN*, Bandung, Tarsito, 1985, hlm.23

⁷⁰ *Ibid*, hlm. 24

⁷¹ Taliziduhu Ndraha, *Budaya Organisasi*, Jakarta, Rineka cipta, 1997, hlm.56

Jika otonomi dikelola secara sehat menurut prinsip-prinsip “*reinventing government management (REGOM)*”, maka menguat atau berdayanya daerah tidak berarti melemahnya pusat. Apabila daerah mampu mengurus dan mengelola rumah tangganya sendiri, maka pemerintah pusat mempunyai kesempatan untuk mengurus hal-hal selama ini terbengkalai, seperti jasa publik yang tidak diprivatisasikan dan layanan civil. Kedua bidang ini semakin meningkat apabila kesadaran politik rakyat semakin mendalam. Wajong mengemukakan bahwa;⁷² “Otonomi daerah adalah kebebasan untuk memelihara dan untuk memajukan kepentingan khusus daerah dengan keuangan sendiri, menentukan hukum sendiri dan pemerintahan sendiri, kemudian Syarif Saleh menyatakan bahwa :⁷³

”Otonomi itu sebagai hak mengatur dan memerintah daerah sendiri atas inisiatif dan kemauan sendiri hak mana diperoleh dari pemerintah pusat, dan menurut Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 yang dimaksud otonomi daerah itu adalah : Hak, wewenang dan kewajiban daerah otonomi untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat sesuai dengan peraturan perundang- undangan”.

Sedangkan menurut Djohansyah Djohan,⁷⁴ Otonomi daerah pada dasarnya adalah :

Hak, wewenang dan kewajiban daerah yaitu mengatur dan mengurus

⁷²Wajong, *Sistem Multi Partai : Tinjauan Sejarah*, (Yogyakarta :Pustaka Pelajar, 1983), hlm. 98

⁷³Syarif Saleh, *Pengantar Ilmu Perundang-undangan Indonesia*, (Bandung : Mandar Maju, Bandung, 1982), hlm.18

⁷⁴Djohansyah Djohan, *Demokrasi dan Pemerintahan Daerah*, (Jakarta : Balai Pustaka, 1998), hlm. 66

rumah tangganya sendiri, hak tersebut diperoleh sesuatu daerah melalui penyerahan urusan pemerintahan dari pemerintah (pusat) atau daerah tingkat atasnya (desentralisasi) sesuai dengan kemampuan daerah yang bersangkutan.

S.H. Sarundjajang:⁷⁵Arti "otonomi yaitu bahwa otonomi melalui desentralisasi bukan diberikan kepada Pemerintah Daerah, bukan kepada DPRD, bukan kepada daerah, tetapi kepada masyarakat setempat. Hal ini merupakan esensi dari otonomi"

Otonomi Daerah menurut Josef R. Kaho adalah "adanya hak/kekuasaan/kewenangan bagi daerah untuk membuat peraturan sendiri yang pada akhirnya memiliki pemerintahan sendiri". Sedangkan Taliziduhu Ndraha (2000:186) berpendapat bahwa "Otonomi Daerah adalah hak bawaan suatu masyarakat, bukan merupakan pemberian pemerintah". Kemudian dilanjutkan lagi oleh Taliziduhu Ndraha, menyatakan bahwa tujuan otonomi jika dilihat sebagai hak adalah berfungsi sebagai alat dan cara untuk membuat daerah atau masyarakat mandiri.⁷⁶

Untuk dapat melaksanakan otonomi daerah dengan sebaik-baiknya, faktor/syarat yang perlu mendapat perhatian menurut Josef R. Kaho ada empat faktor yang mempengaruhi keberhasilan pelaksanaan Otonomi daerah adalah sebagai berikut :

1. Manusia pelaksananya harus baik;
2. Keuangan harus cukup dan baik;

⁷⁵Ibid.hlm. 67

⁷⁶Taliziduhu Ndraha, *Op Cit*, hlm.68

3. Peralatannya harus cukup baik;
4. Organisasi dan manajemennya harus baik (dalam arti struktur)

Adapun manusia yang menjadi pelaku dan penggerak proses mekanisme pemerintahan di daerah menurut Josef R. Kaho⁷⁷, yaitu Bupati, DPRD, aparatur pemerintah daerah dan partisipasi masyarakat. Dalam penelitian ini penulis lebih menfokuskan pada DPRD dengan alasan bahwa dalam berbagai aspek penyelenggaraan pemerintahan di daerah, pelaksanaan fungsi-fungsi DPRD merupakan topik yang menjadi sorotan hal ini disebabkan adanya anggapan bahwa terdapat kesenjangan antara kedudukan dan fungsi DPRD dengan rangkaian aktifitas yang dapat dikembangkan oleh lembaga itu dalam realitas kehidupan politik di Daerah. DPRD sebagai lembaga perwakilan daerah untuk mampu menangkap aspirasi yang timbul dalam masyarakat.

Solusi dari implikasi kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah memperkuat dan memperbesar otonomi daerah melalui UU Nomor 23 tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah menurut Bhenyamin Hossein⁷⁸ merupakan hasil dari bekerjanya dan kekuatan yaitu : *Pertama*, kekuatan internal dalam negeri yaitu berupa gerakan reformasi yang melanda tanah air dengan tuntutan demokratisasi di segala bidang kehidupan. *Kedua*, kekuatan supra nasional berupa globalisasi dengan berbagai konsekuensi dan implikasi yang memerlukan jawaban melalui proses penyesuaian terhadap struktur dan mekanisme pemerintahan demokratik di tingkat lokal.

⁷⁷Josef R. Kaho, *Prospek Otonomi daerah Di Negara republik Indonesia*, Yogyakarta, raja Grafindo, 1997, hlm.100

⁷⁸Benyamin Hoesrin, *Good Governance*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 1994, hlm. 89

Dilihat dari sudut politik, kebijakan untuk mendesentralisasikan sejumlah urusan administrasi ini merupakan suatu langkah strategis yang tidak bisa dibiarkan berdiri sendiri, karena penyerahan urusan pemerintahan harus diartikan sebagai pengalihan kewenangan tertentu kepada daerah yang pelaksanaannya merupakan tanggung jawab bersama di antara dua komponen pemerintahan daerah, yaitu Bupati dan DPRD, dengan kata lain kebijakan desentralisasi tidak bisa dilepaskan dari sejumlah implikasi politik yang menyertainya. Penempatan otonomi secara utuh pada daerah Kabupaten/Kota, perlu dibarengi dengan mendudukkan peran dan fungsi DPRD secara optimal melalui upaya pemberdayaan DPRD.

Djohansyah Djohan mengatakan⁷⁹ bahwa terdapat 2 (dua) indikator yang menjadi fokus dalam reformasi pemerintahan daerah ditinjau dari segi otonomi daerah sekaligus prasyarat yang harus dimiliki oleh daerah otonom yakni : *Pertama*, Indikator utama meliputi kewenangan, *Kedua* Indikator penunjang yang meliputi lembaga, pembiayaan, personal, peralatan, dan partisipasi masyarakat.

Dari Faktor-faktor tersebut di atas menekankan pada faktor *kewenangan* dan *personil* atau *Sumber Daya Manusia (SDM)*, dengan alasan bahwa indikator ini merupakan warna dari kelancaran penyelenggaraan otonomi daerah, dan bilamana hal ini tidak diperhatikan, maka otonomi hanya menjadi *rethorike* dalam pemerintahan, dan tidak pernah terwujud dalam kenyataan, dengan kata lain, kehadirannya merupakan suatu “*necessary condition*”, kewenangan

⁷⁹Djohansyah Djohan, *Op Cit*, hlm.69

dalam hal ini adalah kewenangan yang diterjemahkan ke dalam fungsi dan peran DPRD selaku bagian dari pemerintahan daerah. Faktor kedua adalah *manusianya*, pentingnya faktor ini karena manusia merupakan subyek dalam setiap aktifitas pemerintahan. Manusia lah yang merupakan pelaku dan penggerak proses mekanisme dalam sistem pemerintahan yaitu salah satunya adalah anggota DPRD, yang dapat mempengaruhi dari fungsi dan peran DPRD, dengan melihat pada latar belakang orientasi atau sikap dan prilaku anggota dewan.

2.2.3 Peraturan Daerah Sebagai Landasan Penyelenggaraan Pemerintahan di Daerah

Negara Republik Indonesia sebagai Negara Kesatuan menganut asas desentralisasi dalam penyelenggaraan pemerintah, dengan memberikan kesempatan dan keleluasaan kepada daerah untuk menyelenggarakan Otonomi Daerah. Dengan demikian, daerah otonom mempunyai kewenangan dan keleluasaan untuk membentuk dan melaksanakan kebijakan menurut prakarsa dan aspirasi masyarakat.

Untuk melaksanakan penyelenggaraan Pemerintahan di daerah tersebut, Pemerintah Daerah bersama Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) diberi wewenang untuk membuat Peraturan Daerah (Perda). Perda ini merupakan produk hukum yang berisi peraturan-perturan dalam rangka pelaksanaan otonomi daerah dan tugas pembantuan. Selain itu, Perda ini dimaksudkan sebagai landasan atau acuan bagi Pemerintah Daerah untuk menjalankan tugas otonomi daerah demi kelancaran penyelenggaraan Pemerintah Daerah. Keberadaan Perda merupakan suatu keharusan bagi daerah dalam rangka penyelenggaraan

kewenangannya untuk mengatur urusan rumah tangga daerah, baik yang bersumber dari otonomi daerah maupun yang bersumber dari tugas pembantuan. Perda yang dibuat berdasarkan otonomi daerah berisikan segala sesuatu yang mengatur urusan Pemerintahan yang menjadi wewenang daerah, baik yang bersifat substansial maupun mengenai cara-cara penyelenggaraan urusan Pemerintahan tersebut. Sedangkan Perda yang dibuat dalam bidang pembantuan tidak mengatur substansi urusan Pemerintahan, melainkan terbatas pada pengaturan tentang cara-cara penyelenggaraan urusan yang memerlukan bantuan.

Kewenangan untuk membuat Perda adalah wujud dari pelaksanaan hak otonomi dari suatu daerah dan sekaligus sebagai salah satu sarana dalam menyelenggarakan otonomi daerah,⁸⁰ karenanya kewenangan daerah untuk membuat suatu Perda harus sesuai dengan kewenangan yang diberikan kepadanya.

Terhadap pembuatan suatu Perda yang penting untuk diperhatikan adalah bahwa fungsi Perda adalah untuk melancarkan tugas Pemerintah Daerah untuk menyelenggarakan Pemerintahan, karenanya harus diperhatikan aturan-aturan dasar yang memanyunginya, seperti tidak bertentangan dengan kepentingan umum, peraturan yang lebih tinggi dan Perda lainnya, bila ketentuan dasar tersebut dilanggar, maka Perda itu akan dapat dibatalkan atau batal demi hukum.⁸¹

⁸⁰Rozali Abdullah, *Pelaksanaan Otonomi Luas dan Isu Federalisme Sebagai Suatu Alternatif*, Jakarta, Rjawali Pers, 1999, hlm. 41.

⁸¹ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan, 1994, hlm. 247.

Mengenai pengertian kepentingan umum di sini memang sulit untuk didefinisikan, karena menurut Sjahran Basah istilah kepentingan umum bersifat elastis atau mulur mengkaret. Artinya bisa saja kepentingan umum ditafsirkan secara bermacam-macam tergantung dari keadaan dan sudut pandang yang menafsirkan. Perumusan kepentingan umum ini sendiri sangat sulit, karena banyaknya permasalahan-permasalahan yang dikandung, sehingga perlu ditetapkan dengan suatu Undang-Undang.⁸² Pengertian kepentingan umum memang sangat luas, ini terlihat dari berbeda-bedanya pendefinisian kepentingan umum yang dipakai oleh Undang-Undang, seperti yang dikemukakan oleh Ibrahim R, yaitu:

1. Merupakan suatu sifat yang dikaitkan pada kegiatan untuk kepentingan bersama dari rakyat, kepentingan bersama Bangsa dan Negara dan kepentingan pembangunan (lihat ketentuan Pasal 18 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok- Pokok Agraria).
2. Dikaitkan dengan suatu keadaan, yaitu dalam keadaan mendesak untuk kepentingan umum, seperti keadaan bencana alam, keadaan luar biasa yang membahayakan (lihat ketentuan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1985 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara).
3. Dikaitkan dalam situasi alternatif (lihat ketentuan Pasal 1 *Dierenbeschermingordonantie 1931*, STB 1931:1343).

⁸²Sjahran Basah, *Permasalahan Arti Kepentingan Umum*, Pro Justitia, Majalah FH-UNPAR, Bandung : Nomor 18 Juni 1983, hlm 73.

4. Digunakan berdampingan sebagai peristilahan yang berdiri sendiri terhadap kepentingan keagamaan, pertahanan dan istilah kepentingan dinas umum (Pasal 27 dan 35 Undang-Undang Nomor 74 Tahun 1957 Tentang Keadaan Bahaya).

Menurut Bagir Manan, ada dua pengertian pokok tentang kepentingan umum, yaitu:

1. Kepentingan umum sebagai dasar untuk membatasi hak seseorang.

Kepentingan umum di sini memberikan wewenang kepada Pemerintah untuk melakukan tindakan atas hak-hak seseorang yang akan dipergunakan untuk kepentingan umum, seperti pencabutan hak atau pembebasan hak.

2. Kepentingan umum sebagai dasar untuk membatasi Pemerintah.

Pemerintah pada asanya tidak diperbolehkan untuk melakukan tindakan atau membuat keputusan yang bertentangan dengan kepentingan umum.

Sementara itu mengenai Perda tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, hal ini sesuai dengan penerapan prinsip-prinsip dalam tata urutan perundang-undangan, yaitu prinsip *lex superiove derogate lex infriore*. Artinya prinsip yang mengharuskan norma hukum yang di bawah tidak bertentangan dengan norma hukum yang di atasnya. Selain itu, Perda tidak boleh bertentangan dengan Perda lainnya, hal ini dimaksudkan agar terciptanya kepastian hukum, karena bila tidak diantisipasi sejak dini tidak menutup kemungkinan terjadinya perselisihan di antara dua atau beberapa daerah dikarenakan terjadinya dualisme kewenangan.

Mengenai pembutan suatu Perda yang harus diingat bahwa Perda merupakan suatu kaedah hukum yang berkaitan dengan tertib hukum, yaitu bahwa setiap kaedah hukum harus terkait dan tersusun dalam suatu sistem yang satu sama lain tidak boleh saling mengesampingkan. Doktrin atau ajaran tertib hukum ini mengandung beberapa hal yakni:

1. Dalam hal peraturan perundang-undangan tingkatan lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih tinggi, maka peraturan perundang-undangan tingkatan yang lebih rendah dapat dibatalkan bahkan dinyatakan batal demi hukum.
2. Dalam hal peraturan perundang-undangan yang sederajat bertentangan dengan peraturan perundang-undangan sederajat lainnya, maka berlaku peraturan perundang-undangan yang terbaru dan peraturan perundang-undangan yang lama dianggap telah dikesampingkan (*lex posterior derogat lex priori*).
3. Dalam hal peraturan perundang-undangan yang mengatur bidang-bidang yang merupakan kekhususan dari bidang-bidang umum yang diatur oleh peraturan perundang-undangan yang sederajat, maka berlaku peraturan perundang-undangan yang mengatur bidang khusus (*lex specialis derogat lex generalis*).⁸³

2.2.4. Konsep Pengujian Norma Hukum

⁸³ I Gede Pantja Astawa, *Kajian Atas Daerah Perspektif Hukum Pemerintahan Daerah dan Hukum Perundang-undangan*, Makalah, Bandung 20 Februari 2002, hlm. 12

Konsep negara hukum, apapun variannya⁸⁴, senantiasa meletakkan jaminan perlindungan hak-hak asasi manusia warga negaranya sebagai tujuan utamanya. Dalam kerangka itu, maka setiap tindakan penguasa harus berlandaskan atas hukum yang telah ditetapkan, dan semua aturan hukum tersebut haruslah bersumber pada konstitusi sebagai kerangka dasar penyelenggaraan ketatanegaraan, agar pelaksanaan kewenangan tersebut tidak menimbulkan pelanggaran hak-hak asasi manusia warga negaranya..Karena itu, konstitusi sebagai hukum dasar haruslah ditempatkan dalam posisi yang supreme dari keseluruhan peraturan perundang-undangan.Konsekuensinya, maka setiap peraturan perundang-undangan isinya tidak boleh bertentangan dengan konstitusi sebagai hukum dasar.

Sehubungan dengan itu, diperlukan mekanisme kontrol terhadap norma-norma hukum tersebut agar pembuatan dan substansi normanya tidak bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Menurut Ph. Kleintjes sebagaimana dikutip oleh Sri Soemantri, hal itu disebut dengan hak menguji yang dalam kepustakaan maupun praktek dikenal ada dua macam, yaitu: (a) hak menguji formal (formele toetsingsrecht), dan (b) hak menguji material (materiele toetsingsrecht). Selanjutnya dikatakan bahwa hak menguji formal adalah wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislatif terjelma melalui

⁸⁴ Menurut Tahir Azhary bukunya yang berjudul Negara Hukum, Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode negara Madinah dan Masa Kini, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hlm. 63, menyebutkan bahwa ada berbagai konsep negara hukum, yaitu Rechtsstaat yang lahir dari kultur hukum civil law, The Rule of Law yang lahir dari kultur hukum common law, the Socialist Legality yang merupakan konsep negara hukum dari negara-negara sosialis, Nomokrasi islam yang merupakan konsep yang lahir dari negara-negara yang berdasarkan hukum Islam, dan Negara Hukum Pancasila yang merupakan konsep negara hukum Indonesia. Secara lebih kurang Philipus M. Hadjon, Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm.74-83 menjelaskan tiga konsep negara hukum yaitu rechtsstaat, the rule of law, dan negara hukum Pancasila.

cara-cara (prosedur) yang benar ataukah tidak. Sedangkan hak menguji material adalah suatu wewenang untuk menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.⁸⁵

Terkait dengan pengujian norma hukum ini lebih lanjut diingatkan oleh Jimly agar diperhatikan betul peristilahannya karena seringkali salah kaprah dalam penggunaannya. Dilihat dari pihak yang melakukan pengujian, ada yang disebut *judicial review*, *legislative review*, dan *executive review*. Jika pengujian tersebut dilakukan oleh lembaga peradilan, maka proses pengujiannya disebut sebagai *judicial review*. Jika hak menguji tersebut diberikan kepada lembaga parlemen sebagai legislator, maka disebut sebagai *legislative review*, dan jika hak menguji tersebut diberikan kepada pemerintah, maka pengujiannya dinamakan *executive review*.⁸⁶

a. **Judicial Review**

Istilah *judicial review* sesungguhnya merupakan istilah teknis khas hukum tata negara Amerika Serikat yang berarti wewenang lembaga pengadilan untuk membatalkan setiap tindakan pemerintahan yang bertentangan dengan konstitusi.⁸⁷ Pernyataan ini diperkuat oleh Soepomo dan Harun Alrasid, mereka mengatakan di Belanda tidak dikenal istilah *judicial review*, mereka hanya mengenal istilah hak menguji

⁸⁵ Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, (Bandung :Alumni, 1997, hal. 6-11).

⁸⁶ Jimly Asshidiqie, *op.cit.*, hlm. 2.

⁸⁷ Jerome A. Barron and C. Thomas S., *Constitutional Law*, (St. Paul Menn-West Publishing Co., 1986), hlm 4-5

(*toetsingsrecht*). *Judicial review* dimaksudkan menjadi salah satu cara untuk menjamin hak-hak kenegaraan yang dimiliki oleh seorang warga negara pada posisi diametral dengan kekuasaan pembuatan peraturan.

Terdapat perbedaan dalam pendefinisian *judicial review*. Menurut Encyclopedia Britannica :⁸⁸ “*Judicial review is the power of courts of a country to determine if acts of legislature and executive are constitutional.*” Sedangkan menurut Eyclopedia Americana : “*Judicial review, power exerted by the courts of a country to examine the actions of the legislative, executive, and administrative arms of the government and to ensure that such actions conform to the provisions of constitution.*” Menurut Miriam Budiardjo, Mahkamah Agung mempunyai wewenang untuk menguji apakah sesuatu undang-undang sesuai dengan Undang-Undang Dasar atau tidak, dan untuk menolak melaksanakan undangundang serta peraturan peraturan lainnya yang dianggap bertentangan dengan Undang- Undang Dasar. Ini dinamakan “Judicial Review”.

Sri Sumantri berpendapat, hak menguji materiil adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordenende acht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Jadi hak menguji materiil ini berkenaan dengan isi dari suatu peraturan dalam hubungannya dengan peraturan yang lebih tinggi

⁸⁸ Siti Fatimah, *Praktik Judicial Review di Indonesia: Sebuah Pengantar*, Yogyakarta, Pilar Media. 2005, hlm. 71

derajatnya. Sedangkan Bintang R. Saragih menyebutkan, Judicial Review adalah hak dari Mahkamah Agung untuk menilai atau menguji secara material apakah suatu undang-undang bertentangan dengan atau tidak berlaku undang-undang yang dinyatakan bertentangan atau tidak sesuai tersebut.

Mauro Capelletti, secara substantif mengartikan *judicial review* sebagai sebuah proses penerjemahan nilai-nilai yang ditentukan oleh konstitusi melalui sebuah metode tertentu untuk menjadi suatu keputusan tertentu.⁸⁹[5]

Proses penerjemahan tersebut terkait dengan pertanyaan

questio juris yang juga harus dijalankan oleh para hakim dalam sebuah lembaga kehakiman, hakim tidak hanya memeriksa fakta-fakta (*judex factie*), tetapi juga mencari, menemukan dan menginterpretasikan hukumnya (*judex juris*). Artinya, penekanan pada proses interpretasinya ini (proses *review*) mengakibatkan *judicial review* menjadi isu yang punya kaitan erat dengan struktur ketatanegaraan suatu negara bahkan hingga ke proses politik pada suatu negara. Konsep ini memiliki hubungan erat dengan struktur tatanegara suatu negara yang menempatkan dan menentukan lembaga mana sebagai pelaksana kekuasaan tersebut. Bahkan lebih jauh, bagaimana proses politik nasional memaknai pelaksanaan pemegang kekuasaan *judicial review* tersebut.

Menurut Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil adalah Hak Mahkamah Agung

⁸⁹Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press – Oxford, 1989, hlm. 120.

untuk menilai materi muatan Peraturan Perundang-Undangan dibawah Undang-Undang terhadap Peraturan perundang-Undangan tingkat lebih tinggi (Pasal 1 Ayat (1)). Meskipun belum ada definisi yang baku mengenai judicial review di Indonesia, tetapi pada umumnya judicial review diberi pengertian sebagai “hak uji materiil”, yaitu “wewenang untuk menyelidiki, menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.”

Para ahli hukum pada umumnya sepakat bahwa urgensi judicial review adalah sebagai alat kontrol terhadap konsistensi antara produk perundang-undangan dan peraturan-peraturan dasarnya, untuk itu diperlukan judicial activation. Menurut Moh. Mahfud MD, minimal ada tiga alasan yang mendasari pernyataan pentingnya judicial activation:⁹⁰

Pertama, hukum sebagai produk politik senantiasa memiliki watak yang sangat ditentukan oleh konstelasi politik yang melahirkannya. Hal ini memungkinkan bahwa setiap produk hukum akan mencerminkan visi dan kekuatan politik pemegang kekuasaan yang dominan sehingga tidak sesuai dengan hukum-hukum dasarnya atau bertentangan dengan peraturan yang secara hirarkis lebih tinggi.

Kedua, karena kemungkinan sering terjadi ketidaksesuaian antara suatu produk peraturan perundangan dengan peraturan-peraturan hukum yang lebih tinggi, maka muncul berbagai alternatif

⁹⁰ Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, Yogyakarta, UII Press. 2005, hlm. 56

untuk mengantisipasi dan mengatasi hal tersebut melalui pembentukan dan pelebagaan Mahkamah konstitusi, Mahkamah perundang-undangan, Judicial Review, uji material oleh MPR dan lain sebagainya.

Ketiga, dari berbagai alternatif yang pernah ditawarkan, pelebagaan judicial review adalah lebih konkret bahkan telah dikristalkan di dalam berbagai peraturan perundang-undangan kendati cakupannya masih terbatas sehingga sering disebut sebagai judicial review terbatas. Namun, tidak sedikit orang yang mengira bahwa dari penerimaan terbatas terhadap judicial review akan benar-benar dapat dilaksanakan dan telah mendapat akomodasi pengaturan yang cukup. Padahal ketentuan tentang judicial review yang ada di berbagai peraturan perundang-undangan itu memuat kekacauan teoritis yang sangat mendasar sehingga tidak dapat dioperasionalkan.

Judicial review di negara-negara penganut aliran *civil law* biasanya bersifat tersentralisasi (*centralize system*). Negara penganut sistem ini biasanya memiliki kecenderungan untuk bersikap pasti terhadap doktrin supremasi hukum. Karena itu penganut sistem sentralisasi biasanya menolak untuk memberikan kewenangan ini kepada pengadilan biasa, karena hakim biasa dipandang sebagai pihak yang harus menegakkan hukum sebagaimana yang tercantum dalam suatu peraturan perundangan. Kewenangan ini kemudian dilakukan oleh suatu lembaga khusus yaitu seperti Mahkamah Konstitusi. Disisi lain, dalam sistem

yang terdesentralisasi (*desentralized system*), seperti misalnya diterapkan di Amerika Serikat, kewenangan melakukan *judicial review* atas suatu peraturan dan konstitusi diberikan pada organ pengadilan yaitu Mahkamah Agung. Pertimbangan untuk memberikan kewenangan ini pada pengadilan adalah sangat sederhana, karena pengadilan memang berfungsi untuk menafsirkan hukum dan untuk menerapkannya dalam kasus-kasus.

Pengujian judicial itu sendiri dapat bersifat formil atau materiel (*formele toetsingsrecht en materieletoetsingsrecht*). Pengujian formil biasanya terkait dengan soal-soal prosedural dan berkenaan dengan legalitas kompetensi institusi yang membuatnya. Hakim dapat membatalkan suatu peraturan yang ditetapkan dengan tidak mengikuti aturan resmi tentang pembentukan peraturan yang bersangkutan. Hakim juga dapat menyatakan batal suatu peraturan yang tidak ditetapkan oleh lembaga yang memang memiliki kewenangan resmi untuk membentuknya. Sedangkan pengujian materiel berkaitan dengan kemungkinan pertentangan materi suatu peraturan dengan peraturan lain yang lebih tinggi ataupun menyangkut kekhususan-kekhususan yang dimiliki suatu aturan dibandingkan dengan norma-norma yang berlaku umum. Misalnya, berdasarkan prinsip '*lex specialis derogate lex generalis*', maka suatu peraturan yang bersifat khusus dapat dinyatakan tetap berlaku oleh hakim, meskipun isinya bertentangan dengan materi peraturan yang bersifat umum.

Sebaliknya, suatu peraturan dapat pula dinyatakan tidak berlaku jikalau materi yang terdapat di dalamnya dinilai oleh hakim nyata-nyata bertentangan dengan norma aturan yang lebih tinggi sesuai dengan prinsip '*lex superiore derogate lex infiriore*'.⁹¹

b. Eksekutif Review

Eksekutif review merupakan istilah yang digunakan oleh pakar-pakar hukum untuk menyebut kewenangan pejabat atau badan administratif negara untuk melakukan hak uji (*toetsingsrecht*) terhadap peraturan perundang-undangan. Di dalam literatur, terdapat 3 (tiga) kategori pengujian peraturan perundang-undangan (dan perbuatan administrasi negara), yaitu :⁹²

1. Pengujian oleh badan peradilan (judicial review);
2. Pengujian oleh badan yang sifatnya politik (political review); dan
3. pengujian oleh pejabat atau badan administrasi negara (executive review).

Jimly Asshdiqie menyatakan pengujian peraturan perundang-undangan dari segi subjeknya terdiri atas :⁹³

1. Pengujian oleh lembaga eksekutif yang dapat disebut executive review;
2. Pengujian oleh lembaga legislatif dapat disebut legislative review; dan

⁹¹Dian Rositawati, <http://cukupsudah.wordpress.com/2010/02/14/pengertian-judicial-review/>, terakhir diakses 23 Januari 2011

⁹² H.R. Sri Soemantri M, *Hak Uji Material di Indonesia*, Bandung, Alumni, 1997, hlm. 11

⁹³Jimly Assyiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT.Bhuana Ilmu Populer, Jakarta 2007, hlm. 590.

3. Pengujian oleh lembaga peradilan disebut *judicial review*. Dalam *Executive review* yang diuji adalah segala bentuk produk hukum pihak *executive* diuji oleh baik kelembagaan dan kewenangan yang bersifat hierarkis. Dalam konteks ini yang diperkenalkan istilah “*control internal*” yang dilakukan oleh pihak itu sendiri terhadap produk hukum yang dikeluarkan baik yang berbentuk *regeling* maupun *beschikking*.⁹⁴

Sasaran objek “*executive review*” adalah peraturan yang bersifat *regeling* melalui proses pencabutan atau pembatalan. Pengujian yang disebut “*executive review*” ini dilakukan untuk menjaga peraturan yang diciptakan oleh pemerintah (*eksekutif*) tetap sinkron atau searah, dan juga konsisten serta adanya kepastian hukum untuk keadilan bagi masyarakat.⁹⁵ Di Indonesia, eksekutif review diwujudkan dalam bentuk pengujian terhadap Peraturan Daerah yang dilakukan oleh Kementerian Dalam Negeri terhadap Peraturan Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota, serta Pemerintah Provinsi terhadap Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

c. **Legislative Review**

Legislative review adalah upaya ke lembaga legislatif atau lembaga lain yang memiliki kewenangan legislasi untuk mengubah suatu peraturan perundang-undangan. Misalnya, pihak yang keberatan terhadap

⁹⁴Paulus Effendi Lotulung, *Laporan Akhir Dan Evaluasi Hukum tentang Wewenang Mahkamah Agung Melaksanakan Hak uji Materil (judicial review)*, Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Departemen hukum Perundang-undangan Ri tahun 1999/2000, hlm. 219

⁹⁵Zainal Arifin hoesein, *Judicial Review Di Mahkamah Agung Tiga Dekade Pengujian Perundang-Undang*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 2009, hlm. 63.

suatu undang-undang dapat meminta *legislative review* ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan pemerintah untuk mengubah UU tertentu.⁹⁶

Dalam *legislative review*, setiap orang bisa meminta agar lembaga legislasi melakukan revisi terhadap produk hukum yang dibuatnya dengan alasan, misalnya peraturan perundang-undangan itu sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman, bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau sederajat dengannya.

2.2.5 Konsep Tujuan Hukum

Dari sudut pandang etimologis kata tujuan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia memiliki definisi sebagai arah atau sasaran. Dengan demikian tujuan hukum merupakan arah atau sasaran yang hendak diwujudkan dengan memakai hukum sebagai alat mewujudkan tujuan guna mengatur tatanan masyarakat. Berikut beberapa pendapat dalam teori tujuan hukum, yaitu :⁹⁷

1. Teori Etis

Teori Etis menjelaskan bahwa satu-satunya tujuan hukum adalah menciptakan keadilan. Teori ini disebut teori etis karena hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita tentang apa yang adil dan apa yang tidak adil. Menciptakan keadilan berarti memberikan apa yang menjadi hak setiap orang. Berbeda dengan Sudikno Mertokusumo, kata etik adalah usaha manusia untuk mencari norma baik

⁹⁶Hukumonline.com, *Praktik Legislative Review dan Judicial Review di Indonesia*, 2012. Diakses Pada tanggal 02 Mei 2012 dari situs: <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/c11105/praktik-legislative-review-dan-judicial-review-di-indonesia>

⁹⁷Suhariningsih, Makalah : Menyeimbangkan kepastian hukum dan keadilan penegakan hukum, kajian aspek etika moral, 2013

dan buruk. Etik diartikan juga sebagai *The principles of morality* atau *the field of study or moral or right conduct* (*prinsip-prinsip moral* atau *cakupan penelitian* atau *moral* atau *perbuatan yang benar*). Kesadaran etis mempunyai arti “sadar” bahwa orang harus berbuat baik. Pelanggaran etik hukum bukanlah merupakan pelanggaran kaidah hukum melainkan lebih dirasakan bertentangan dengan hati nurani. Teori ini pertama kali dikemukakan oleh Aristoteles filsuf Yunani dalam bukunya *Ethica Nicomachea* dan *Rhetorica* yang menyatakan ‘hukum mempunyai tugas yang suci yaitu memberi kepada setiap orang yang berhak menerimanya’.

2. Teori Utilitis

Teori utilitis dikembangkan oleh Jeremi Bentham (1748-1832), dalam bukunya yang berjudul *‘introduction to the morals and legislation’*. Bentham menjelaskan bahwa tujuan hukum adalah untuk mendatangkan manfaat atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk orang sebanyak-banyaknya. Supaya hukum bermanfaat (*doelmatig*) maka pada suatu saat ia harus mengorbankan keadilan.

3. Teori Normatif dogmatis (Teori jalan tengah)

Menurut teori ini, tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum (John Austin dan van Kan). Arti kepastian hukum disini adalah adanya upaya melegalkan kepastian hak dan kewajiban. Adapun tokoh dari teori ini yaitu : Apeldoorn, Bellefroid dan Schrassert.

Menurut Rusli Effendy, tujuan hukum dapat dapat dikaji melalui tiga sudut pandang, yaitu :

- Dari sudut pandang ilmu hukum normatif, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kepastian hukum.
- Dari sudut pandang filsafat hukum, maka tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan.
- Dari sudut pandang sosiologi hukum, maka tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatan.

Berbicara tentang tujuan hukum tidak lepas dari sifat hukum dari masing-masing masyarakat yang memiliki karakteristik atau kekhususan karena pengaruh falsafah yang menjelma menjadi ideologi masyarakat atau bangsa yang sekaligus berfungsi sebagai cita hukum. Terdapat perbedaan-perbedaan pendapat dari para ahli tentang tujuan hukum, tergantung dari sudut pandang para ahli tersebut melihatnya, namun semuanya tidak terlepas dari latar belakang aliran pemikiran yang mereka anut sehingga dengannya lahirlah berbagai pendapat yang tentu saja diwarnai oleh aliran serta faham yang dianutnya. Berbicara mengenai tujuan hukum, pada umumnya menurut Gustav Radbruch memakai asas prioritas. Asas prioritas tersebut dijadikan sebagai sebagai tiga nilai dasar tujuan hukum yaitu : keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Setiap hukum yang diterapkan memiliki tujuan spesifik. Misalnya, hukum pidana memiliki tujuan spesifik dibandingkan dengan hukum perdata, hukum formal mempunyai tujuan spesifik jika dibandingkan dengan hukum materil. Tujuan hukum adalah sekaligus keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum maka

faktanya hal tersebut akan menimbulkan masalah. Tidak jarang antara kepastian hukum berbenturan dengan kemanfaatan, antara keadilan dengan kepastian hukum, dan antara keadilan terjadi benturan dengan kemanfaatan. Hukum memiliki fungsi tidak hanya menegakkan keadilan tetapi juga menegakkan kepastian dan kemanfaatan.

Berkaitan dengan hal tersebut asas prioritas yang telah ditelurkan Gustav Radbruch menjadi titik terang dalam masalah ini. Prioritas keadilan dari segala aspek lain adalah hal penting. Kemanfaatan dan kepastian hukum menduduki strata dibawah keadilan. Faktanya sampai saat ini diterapkannya asas prioritas ini membuat proses penegakan dan pemberlakuan hukum positif di Indonesia masih dapat berjalan. Faktanya dilapangan ketiga tujuan hukum yang ditelurkan Gustav Radbruch tetap saja ada pertetangan. Dalam teori filsafat hukum juga selalu mengagungkan keadilan, mulai teori hukum alam sejak Socrates hingga Francois Geny, selalu mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum.⁹⁸

2.2.6 Teori Keadilan

Berangkat dari pemikiran yang menjadi issue para pencari keadilan terhadap problema yang paling sering menjadi diskursus adalah mengenai persoalan keadilan dalam kaitannya dengan hukum. Hal ini dikarenakan hukum atau suatu bentuk peraturan perundang-undangan⁹⁹ yang diterapkan dan diterimanya dengan pandangan yang berbeda, pandangan yang menganggap hukum itu telah adil dan sebaliknya hukum itu tidak adil. Keadilan hanya bisa

⁹⁸ Wahyu Marwan, <http://www.blogster.com/> terakhir diakses pada 9 Juli 2012

⁹⁹ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Di Indonesia – Edisi Revisi*, Jakarta, Sinar Grafika, , 1996, hlm. 251.

dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.¹⁰⁰

1. Teori Keadilan Komutatif dan Distributif (Aristoteles)

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Spesifik dilihat dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang berdasarkan filsafat hukum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.¹⁰¹ Pada pokoknya pandangan keadilan ini sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan. Aristoteles membedakan hak persamaanya sesuai dengan hak proposional. Kesamaan hak dalam pandangan manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Inilah yang dapat dipahami bahwa semua orang atau setiap warga negara dihadapan hukum sama. Kesamaan proposional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukanya.

Lebih lanjut, keadilan menurut pandangan Aristoteles dibagi ke dalam dua macam keadilan, keadilan “*distributief*” dan keadilan “*commutatief*”. Keadilan distributief ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut

¹⁰⁰Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung, Nuansa dan Nusamedia, 2004, hlm 239.

¹⁰¹Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung, Alumni, 2000, hlm. 4.

prestasinya. Keadilan commutatif memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya dalam hal ini berkaitan dengan peranan tukar menukar barang dan jasa. Dari pembagian macam keadilan ini Aristoteles mendapatkan banyak kontroversi dan perdebatan. Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.

2. Teori Keadilan Kesederajadan (John Rawls)

Beberapa konsep keadilan yang dikemukakan oleh Filsuf Amerika di akhir abad ke-20, John Rawls, seperti *A Theory of justice*, *Political Liberalism*, dan *The Law of Peoples*, yang memberikan pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan. John Rawls yang dipandang sebagai perspektif “*liberal-egalitarian of social justice*”, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social institutions*). Akan tetapi, kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan. Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan

dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaanya yang dikenal dengan “posisi asli” (*original position*) dan “selubung ketidaktahuan” (*veil of ignorance*).

Pandangan Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam masyarakat. Tidak ada perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai suatu “posisi asli” yang bertumpu pada pengertian *ekulibrium reflektif* dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*).

Sementara konsep “selubung ketidaktahuan” diterjemahkan oleh John Rawls bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai “*Justice as fairness*”.

Dalam pandangan John Rawls terhadap konsep “posisi asli” terdapat prinsip-prinsip keadilan yang utama, diantaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki dan kompitabel dan ketidaksamaan atas kebutuhan sosial, ekonomi pada diri masing-masing individu. Prinsip pertama yang dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), seperti kebebasan beragama (*freedom of religion*),

kemerdekaan berpolitik (*political of liberty*), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (*freedom of speech and expression*), sedangkan prinsip kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), yang menghipotesakan pada prinsip persamaan kesempatan (*equal oppotunity principle*).

Lebih lanjut John Rawls menegaskan pandangannya terhadap keadilan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik.¹⁰²

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: *Pertama*, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap aturan harus meposisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidak-adilan yang dialami kaum lemah.

¹⁰² John Rawls, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973, yang sudah diterjemahkan bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006, hlm.76

3. Teori Keadilan Legalitas (Hans Kelsen)

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan didalamnya. Pandangan Hans Kelsen ini pandangan yang bersifat positifisme, nilai-nilai keadilan individu dapat diketahui dengan aturan-aturan hukum yang mengakomodasikan nilai-nilai umum, namun tetap pemenuhan rasa keadilan dan kebahagiaan diperuntukan tiap individu.

Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif. Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.

Sebagai aliran positifisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran

tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sah dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.

Pemikiran tentang konsep keadilan, Hans Kelsen yang menganut aliran positifisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam. Menurut Hans Kelsen : “Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda : yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”

Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen : pertama, tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tatatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan. Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan diatas dasar suatu yang kokoh dari suatu tananan sosial

tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia bena-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.¹⁰³

4. Teori Keadilan Moral dan Prosedural (Plato)

Menurut Plato sebaiknya yang memerintah suatu negara adalah seorang yang arif dan bukannya hukum, karena hukum tidak memahami secara sempurna apa yang paling adil untuk semua orang, dan karenanya tidak dapat melaksanakan yang terbaik. Dari ungkapan tersebut, berarti seorang raja harus mempunyai jiwa filsafat, supaya mengetahui apa itu keadilan dan bagaimana keadilan itu harus dicapai oleh negara. Plato mengungkapkan dua teori keadilan, yaitu:¹⁰⁴

- a. Keadilan moral. Suatu perbuatan dapat dikatakan adil secara moral apabila telah mampu memberikan perlakuan yang seimbang antara hak dan kewajibannya.
- b. Keadilan prosedural. Suatu perbuatan dikatakan adil secara prosedural apabila seseorang telah mampu melaksanakan perbuatan adil berdasarkan tata cara yang telah diharapkan.

2.2.7 Prinsip-prinsip Demokrasi yang Berlaku Universal

Dalam prinsip negara demokrasi, tidak terdapat dominasi

¹⁰³ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media, 2011, hlm. 7.

¹⁰⁴ <http://aldymohamad.blogspot.com/2012/04/makna-keadilan.html>, terakhir diakses 8 Juli 2013

pemerintah yang berlebihan, maksudnya tidak setiap aspek kehidupan dikendalikan secara monopolistik dan terpusat oleh negara. Karena itu warga negara seharusnya terlibat dalam hal tertentu seperti pembuatan keputusan-keputusan politik, baik secara langsung melalui wakil-wakil pilihan mereka. Selain itu, mereka memiliki kebebasan untuk berpartisipasi dan memperoleh informasi serta berkomunikasi. Prinsip-prinsip demokrasi yang berlaku universal mencakup :

1. Keterlibatan warga negara dalam pembuatan keputusan politik
2. Tingkat persamaan (kesetaraan) tertentu diantara warga negara
3. Tingkat kebebasan atau kemerdekaan tertentu yang diakui dan dipakai oleh para warga negara
4. Penghormatan terhadap supremasi hukum

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa setiap warga negara yang menerapkan demokrasi memiliki kecenderungan yang sama dalam hal prinsip-prinsip yang dianut. Beberapa prinsip demokrasi yang berlaku secara universal, antara lain mencakup :

1 **Keterlibatan Warga Negara dalam Pembuatan Keputusan Politik**

Keterlibatan warga negara dalam pemerintahan, terutama ditujukan mengandalkan tindakan para pemimpin politik. Dalam hal ini, pemilu menjadi salah satu cara untuk melakukan persiapan. Selain itu, masyarakat pula menyampaikan kritik, mengajukan usul, atau memperjuangkan kepentingan melalui saluran-saluran lain yang demokratis sesuai dengan undang-undang.

Ada dua pendekatan tentang keterlibatan warga negara, yaitu teori elitis dan partisipatori.

- a. Pendekatan Elitis, menegaskan bahwa demokrasi adalah suatu metode administrasi pembuatan kebijaksanaan umum menuntut adanya kualitas ketanggapan pihak penguasaan/kaum elit terhadap pendapat umum. Dalam prakteknya hal ini dapat kita lihat pada demokrasi perwakilan.
- b. Pendekatan partisipatori, menegaskan bahwa demokrasi menuntut adanya tingkat keterlibatan yang lebih tinggi, karena itu untuk mendapatkan keuntungan seperti ini kita harus menegakkan kembali demokrasi langsung.

1 **Persamaan (Kesetaraan) Diantara Warga Negara**

Masalah persamaan, hal ini menjadi kepentingan utama dalam teori dan praktek politik. Untuk membuktikan hal tersebut tidak sulit, karena baik negara yang demokratis maupun bukan, selalu berusaha mencapai tingkat persamaan yang lebih besar. Pada umumnya tingkat persamaan yang dituju antara lain : persamaan politik, persamaan dimuka hukum, persamaan kesempatan, persamaan ekonomi, dan persamaan sosial atau persamaan hak.

3 **Kebebasan atau Kemerdekaan yang Diakui dan Dipakai oleh Warga Negara**

Kebebasan dan kemerdekaan pada awalnya timbul dalam kehidupan politik sebagai reaksi terhadap absolutisme. Kedua hal ini diperlukan

untuk memberi kesempatan kepada warga negara agar dapat memperjuangkan kepentingan dan kehendaknya serta melakukan kontrol terhadap penyelenggara negara. Kebebasan tersebut terutama menyangkut hak-hak kebebasan yang telah tercakup dalam hak asasi manusia (seperti hak politik, ekonomi, kesetaraan di depan hukum dan pemerintahan, ekspresi kebudayaan, dan hak pribadi). Dalam pemahaman yang sangat mendasar hak-hak tersebut harus diakui dan dilindungi oleh negara.

4 **Supremasi Hukum**

Penghormatan terhadap hukum harus dikedepankan baik oleh pihak penguasa maupun oleh rakyat. Tidak terdapat kesewenang-wenangan yang bisa dilakukan atas nama hukum, karena itu pemerintahan harus didasarkan kepada hukum yang berpihak kepada keadilan (Rule Of Law). Segala warga negara berdiri setara di depan hukum tanpa ada kecualinya. Jika hukum dibuat atas nama keadilan dan disusun dengan memperhatikan pendapat rakyat, maka tidak ada alasan untuk mengabaikan apalagi melecehkan hukum dan lembaga hukum. Dengan demikian, keadilan dan ketaatan terhadap hukum merupakan salah satu syarat mendasar bagi terwujudnya masyarakat yang demokratis.

5 **Pemilu Berkala**

Pemilihan umum, selain sebagai mekanisme untuk menentukan posisi pemerintahan secara periodik, sesungguhnya merupakan sarana utama

bagi partisipasi politik individu yang hidup dalam suatu masyarakat yang luas, kompleks dan modern. Pemilihan umum menjadi kunci untuk menentukan apakah sistem itu demokratis atau bukan. Sistem pemilihan menjadi alat penting bagi partisipasi politik, dari satu individu/kelompok ke yang lain secara damai. Pemilu merupakan salah satu jalan untuk mewujudkan pemerintahan yang memiliki wewenang yang sah (legitimasi) dengan dukungan rakyat, karena itu penting untuk menjaga keberlangsungan mekanisme ini demi tegaknya kedaulatan rakyat.

BAB III

PENGATURAN PEMBATALAN PERATURAN DAERAH DALAM POLITIK HUKUM NASIONAL TENTANG OTONOMI DAERAH

3.1 Politik Hukum Nasional Tentang Otonomi Daerah

Pada prinsipnya politik hukum adalah pencapaian tujuan suatu negara, yaitu sejauh mana kebijakan pembentukan peraturan perundang-undangan dapat mengakomodasi langkah-langkah pencapaian suatu bangsa. Dimana tujuan bernegara bangsa Indonesia yang secara eksplisit termaktub dalam alenia keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 yaitu meliputi; a) melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia; b) memajukan kesejahteraan umum; c) mencerdaskan kehidupan bangsa; d) ikut serta melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Politik hukum mengandung dua sisi yang tidak terpisahkan, yaitu (1) sebagai arahan pembuatan hukum atau *legal policy* lembaga-lembaga negara, dan 2) sekaligus sebagai alat untuk menilai atau mengkritisi apakah sebuah hukum yang dibuat sudah sesuai atau tidak dengan kerangka pikir *legal policy* tersebut untuk mencapai tujuan negara.

Negara Kesatuan Republik Indonesia memiliki wilayah yang sangat luas, berbentuk kepulauan dengan berbagai ragam etnis, sosial budaya, agama, adat istiadat sehingga seluruh urusan penyelenggaraan pemerintahan tidak mungkin dapat dilaksanakan hanya berkedudukan di pusat pemerintahan negara.

Untuk dapat menyelesaikan urusan penyelenggaraan pemerintahan, maka wilayah negara disebarkan ke seluruh wilayah negara. Penyebaran wilayah negara dibagi dalam bentuk wilayah-wilayah yang memiliki kesatuan hukum sendiri untuk membentuk pemerintahan daerah. Wilayah kesatuan hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah besar dan daerah kecil dengan pemerintahannya ditetapkan berdasarkan undang-undang. Betapa pentingnya peraturan perundang-undangan dan ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang pemerintahan daerah beserta dengan alat-alat kelengkapannya. Aturan dan ketentuan-ketentuan tersebut merupakan hal yang mengatur, agar dapat dijadikan dasar untuk mewujudkan bentuk, susunan pemerintahan daerah mewujudkan tata pemerintahan yang berdaya guna dan berhasil guna serta merupakan satu kesatuan pemerintah daerah dengan pemerintahan pusat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia

Secara konstitusional pemerintahan daerah mendapatkan kewenangan berdasarkan atas atribusi yaitu kewenangan yang diperoleh berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam Pasal 18 UUD Tahun 1945 sebelum amandemen dinyatakan :

”Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil, dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang, dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara, dan hak-hak asal-usul dalam daerah- daerah yang bersifat istimewa”.

Daerah-daerah yang bersifat otonom akan diadakan badan perwakilan rakyat daerah yang disebut dengan dewan perwakilan rakyat daerah. Oleh karena itu di daerah pun pemerintahan akan bersendi atas dasar permusyawaratan.

Bentuk pemerintahan daerah yang diadakan pada setiap provinsi, kabupaten atau kota didasarkan atas kedaulatan rakyat di daerah dengan membentuk suatu dewan perwakilan rakyat daerah yang merupakan cerminan dari kewenangan yang dimiliki rakyat secara sah. Dengan demikian, dewan perwakilan rakyat daerah, berfungsi mewakili masyarakat daerah dalam pemerintahan daerah dengan dasar permusyawaratan. Sistem demokrasi yang dilakukan berdasarkan perwakilan (*representatif*), yaitu kekuasaan rakyat dengan melalui permusyawaratan perwakilan. Menurut pendapat HAW Widjaja¹⁰⁵ tingkat daerah yang dihadapi adalah bagaimana menyusun tatanan pemerintahan yang bisa memberi peranan fungsional terpadu baik pada satuan masyarakat sosio politik yang dirancang secara nasional.

Pendapat HAW Widjaja di atas, memandang kesatuan masyarakat hukum dipandang sebagai masyarakat sosial politik. Untuk mendapat keabsahan didalam melakukan kegiatan pemerintahan dibentuk berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Tanpa adanya undang-undang yang mengatur setiap kegiatan pemerintahan, maka pemerintah yang dibentuk oleh kekuatan sosial politik akan menjadi tidak sah atau *illegal*, seperti dapat dicontohkan pemerintahan yang dibentuk oleh gerakan separatis negara.

Daerah otonom sebagai pengejawantahan rakyat dibentuk dewan perwakilan rakyat daerah, sebagai wujud amanat rakyat yang menyerahkan kewenangannya. Oleh karena itu, secara legalitas penyerahan kewenangan rakyat kepada dewan perwakilan rakyat daerah dilaksanakan melalui pemilihan

¹⁰⁵HAW Widjaja, 2001, *Otonomi di Titik Beratkan pada Daerah Tingkat II*, Penerbit PT Grafindo Persada, Jakarta, hal. 9 (selanjutnya disebut HAW. Widjaja I)

umum yang berasaskan langsung, umum, bebas, dan rahasia. Asas langsung berarti bahwa pemilihan anggota dewan perwakilan rakyat daerah dilaksanakan secara langsung dalam pemilihan umum oleh seluruh masyarakat yang telah memenuhi persyaratan, tanpa mewakilkan kepada orang lain. Asas umum diartikan pelaksanaan pemilihan umum bagi anggota dewan perwakilan rakyat daerah dilaksanakan secara bersama-sama di seluruh Indonesia. Asas bebas adalah setiap anggota masyarakat yang berhak memilih menyalurkan pilihan kepada setiap calon anggota dewan perwakilan rakyat daerah berdasarkan hati nuraninya tanpa ada paksaan dari pihak manapun.

Melalui pemilihan anggota dewan perwakilan rakyat daerah dibentuk tatanan pemerintahan di tingkat daerah yang mampu mewujudkan kesejahteraan masyarakat yang sesuai dengan sosio kultural baik yang bersifat asli maupun dalam tatanan sosial politik secara nasional, yang dapat dikonsepsikan secara menyeluruh dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Berdasarkan Pasal 1 Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 sebelum amandemen, bahwa Negara Indonesia ialah Negara Kesatuan, yang berbentuk Republik. Dalam hubungan pemerintahan pusat dengan pemerintahan daerah tidak bersifat *staat* tetapi *eenheidsstaat*, yakni tidak ada negara dalam daerah, tetapi pemerintahan daerah merupakan satu kesatuan dalam pemerintahan negara. Sedangkan Ayat (2) menyebutkan kedaulatan adalah ditangan rakyat, dan dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat. Pemerintahan yang dibentuk melahirkan sebuah lembaga tertinggi yang disebut Majelis Permusyawaratan.

Majelis Permusyawaratan melaksanakan kedaulatan rakyat sepenuhnya, tetapi Majelis Permusyawaratan Rakyat memberikan Mandat kepada Presiden untuk melaksanakan pemerintahan negara. Presiden yang diberikan mandat oleh MPR akan melahirkan lembaga-lembaga pemerintah berupa lembaga kementerian maupun non-kementerian. Lembaga pemerintah tersebut membantu Presiden selaku mandataris MPR dalam melaksanakan pemerintahan negara sebagai kepala pemerintahan. Presiden bersama-sama dengan kementerian maupun non-kementerian melaksanakan pemerintah pusat. Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai Negara yang secara konstitusional berdasarkan Pasal 18 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 merupakan dasar hukum penyelenggaraan otonomi daerah dengan memberikan kewenangan yang luas, nyata dan bertanggung jawab kepada daerah. Hal ini berdasarkan dengan ketetapan MPR Nomor XV/MPR/1998 tentang Penyelenggaraan Otonomi Daerah, Pengaturan, Pembagian dan Pemanfaatan Sumber daya Nasional yang Berkeadilan serta Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Daerah dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia, yakni :¹⁰⁶

1. Ketetapan ini mengamanatkan penyelenggaraan otonomi daerah dengan memberikan kewenangan yang luas, nyata dan bertanggungjawab di daerah secara poporsional diwujudkan dengan pengaturan, pembagian dan pemanfaatan sumber daya nasional yang berkeadilan serta perimbangan keuangan pemerintah pusat dan pemerintahan daerah.
2. Penyelenggaraan otonomi daerah dilaksanakan dengan prinsip-prinsip demokrasi dan memperhatikan keragaman daerah.

¹⁰⁶ Sekretariat Jenderal MPR RI , *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Republik Indonesia Nomor XV/MPR/98 tentang Penyelenggaraan Otonomi Daerah, Pengaturan, Pembagian dan Pemanfaatan Sumber daya Nasional yang Berkeadilan serta Perimbangan Keuangan antara Pusat dan Daerah.*

3. Perimbangan keuangan pemerintahan pusat dan pemerintahan daerah dilaksanakan dengan memperhatikan :
 - a. potensi daerah;
 - b. luas daerah;
 - c. jumlah penduduk;
 - d. keadaan geografis;
 - e. tingkat pendapatan masyarakat di daerah.
4. Pemerintah daerah berwenang mengelola sumber daya nasional dan memelihara kelestarian lingkungan.

Penyelenggaraan pemerintahan daerah yang berdasarkan desentralisasi melahirkan otonomi daerah, pelaksanaan kewenangan urusan pemerintahan umum diberikan oleh pemerintah pusat sehingga pemerintahan daerah mempunyai inisiatif atau prakarsa, dan berkreasi didasarkan atas potensi daerah yang dimiliki di dalam mewujudkan pendemokrasian daerah.

Menurut R.Joeniarto, pemerintahan daerah yang berhubungan dengan fungsi penyelenggaraan pemerintahan negara kesatuan menunjukkan sinergitas antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah. Kewenangan pemerintah pusat meliputi seluruh pemerintahan wilayah negara. Sedangkan kewenangan pemerintahan daerah hanya meliputi sebagian dari wilayah negara. Oleh karena itu pemerintahan daerah dikenal dengan dua ciri yang berbeda, yaitu : pemerintahan lokal administratif (*local state goverment*) dan pemerintahan daerah yang berhak mengatur dan mengurus rumah tangga sendiri (*local autonomous goverment*).¹⁰⁷

Pemerintahan daerah administratif (*local state goverment*), merupakan bagian pemerintah pusat yang melaksanakan urusan pemerintahan pusat

¹⁰⁷ R. Joeniarto, 1992, *Perkembangan Pemerintahan Lokal*, Penerbit Bumi Aksara, Jakarta, hlm .8

yang berada di daerah, karena masih adanya urusan pemerintah pusat yang tersebar di daerah yang hanya berada pada pemerintahan negara. Dengan demikian di wilayah daerah dibentuk instansi–instansi vertikal tingkat atasnya, yang berfungsi menyelenggarakan tugas teknis khusus yang merupakan bagian tugas kementerian. Penyelenggaraan tugas urusan pemerintahan didasarkan atas perintah dari instansi vertikalnya dengan penyelenggaraan yang bersifat teknis administratif saja. Dalam melaksanakan pemerintahan tidak diperbolehkan melakukan inisiatif dalam arti mengatur dan mengurus urusan sendiri, namun dapat melakukan kebijakan–kebijakan pemerintah sebatas kebijakan dari pemerintah pusat. Hubungan antara pemerintahan daerah dengan pemerintahan pusat sebatas hubungan antara perintah atau atasan dan bawahan. Urusan pemerintahan dilaksanakan oleh kepala pemerintahan sebagai wakil pemerintah pusat yang dibantu oleh pegawai pemerintah pusat yang diperbantukan atau diperkerjakan pada pemerintah daerah untuk mengurus urusan-urusan pemerintah pusat yang berada di daerah berdasarkan atas kewenangannya. Pembiayaan penyelenggaraan urusan pemerintah pusat di daerah bersumber dari anggaran pemerintah pusat melalui Anggaran Pendapatan Belanja Negara.

Menurut pandangan B.Hestu Cipto Handoyo, menyebutkan pemerintahan daerah administratif merupakan pemerintahan daerah di bawah pemerintahan pusat, yang semata-mata penyelenggaraan aktivitas pemerintahan pusat di wilayah-wilayah negara, yang pada hakekatnya merupakan perpanjangan tangan dari pemerintahan pusat, dengan ciri-ciri sebagai berikut :

- a. kedudukan merupakan wakil dari pemerintahan pusat yang ada di daerah;
- b. urusan-urusan pemerintahan yang diselenggarakan pada hakikatnya merupakan urusan pemerintahan pusat;
- c. penyelenggaraan urusan-urusan pemerintahan hanya bersifat administratif belaka;
- d. pelaksanaan urusan-urusan pemerintahan dijalankan oleh pejabat-pejabat pemerintah pusat yang ditempatkan di daerah;
- e. hubungan antara pemerintah pusat dan pemerintah lokal adalah hubungan antara atasan dan bawahan dalam rangka menjalankan perintah; dan
- f. seluruh penyelenggaraan urusan pemerintahan dibiayai dan mempergunakan sarana dan prasarana pemerintah pusat.¹⁰⁸

Pemerintahan daerah yang berhak mengatur dan mengurus rumah tangga sendiri (*local autonomous government*), penyelenggaraan urusan pemerintahan daerah mempunyai kewenangan yang luas didalam menentukan arah kebijakan pemerintah daerah. Pemerintah daerah tidak melaksanakan urusan pemerintah pusat atas dasar perintah, tetapi daerah otonom mempunyai kewenangan dalam urusan rumah tangganya sendiri dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dalam penyelenggaraan pemerintahan negara yang berasaskan demokrasi, pemerintahan daerah merupakan sub ordinat dari pemerintahan negara yang melakukan pemerintahan daerah demokratis.

¹⁰⁸ Hestu B.Cipto Handoyo, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Penerbit Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2009, hlm. 287

Pemerintahan daerah yang demokratis bersendikan kesejahteraan rakyat, kesetaraan, partisipasi masyarakat dan universal.

Menurut pakar politik Indonesia, Afan Gaffar dalam Juanda H¹⁰⁹, menyatakan demokrasi sebagai suatu paham yang universal, maka demokrasi mengandung unsur- unsur sebagai berikut :

1. Penyelenggara kekuasaan berasal dari rakyat.
2. Yang menyelenggarakan kekuasaan secara bertanggungjawab;
3. Diwujudkan secara langsung ataupun tidak langsung;
4. Rotasi kekuasaan dari seseorang atau kelompok ke orang atau kelompok yang lainnya;
5. Adanya proses pemilu; dan
6. Adanya kebebasan sebagai HAM.

Juanda H., memberikan unsur-unsur demokrasi antara lain : *pertama*, adanya kekuasaan bagi rakyat untuk ikut serta menentukan arah dan kepentingannya sendiri dalam penyelenggaraan pemerintahan; *kedua*, adanya kebebasan yang bertanggungjawab untuk menentukan hak-haknya; *ketiga*, adanya pemilu yang kompetitif; *keempat*, adanya perangkat hukum yang demokratis dan penegakan hukum yang tegas non diskriminatif; *kelima*, adanya pengawasan yang fair jujur dan adil.¹¹⁰

Unsur-unsur demokrasi secara universal yang dikemukakan oleh pakar politik Afan Gafar dan pakar hukum Juanda H. merupakan ketentuan-ketentuan normatif demokrasi dalam penyelenggaraan pemerintahan negara. Pemerintahan

¹⁰⁹ Afan Gaffar Juanda H. *Op. Cit*, hal..83.

¹¹⁰ Juanda H. *Ibid*, hal..85.

negara yang melaksanakan pemerintahan demokrasi diwujudkan dalam pemerintahan daerah, karena keberhasilan pemerintah melaksanakan demokrasi tergantung pula pelaksanaannya demokrasi yang baik ditingkat pemerintahan daerah.

Pemerintahan daerah yang berhak mengatur dan mengurus rumah tangga daerah, berpeluang keikutsertaan masyarakat dalam berpartisipasi kepada dewan perwakilan rakyat daerah untuk merumuskan kebijakan-kebijakan daerah melalui pembuatan peraturan daerah dan menetapkan anggaran pendapatan dan belanja daerah serta melakukan kontrol terhadap pemerintah daerah. Penyelenggaraan urusan pemerintahan daerah yang menjadi kewenangan dalam melaksanakan urusan rumah tangga sendiri sehingga pemerintah pusat tidak boleh mencampuri, namun tetap dapat melakukan pengawasan sebagai ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia, agar segala bentuk ketentuan peraturan perundang-undangan yang dihasilkan tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan pemerintah pusat maupun kebijakan-kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah pusat. Pemerintahan daerah memiliki inisiatif sendiri sesuai dengan keadaan dan kebutuhan daerah yang berdasarkan atas potensi, keragaman etnis, sosial budaya, sehingga pemerintahan daerah bertanggungjawab atas tindakan yang diambil dalam mengatur dan mengurus untuk membawa masyarakatnya mencapai kesejahteraan yang sebesar-besarnya guna kemanfaatan dalam melaksanakan rumah tangga daerah.

Melaksanakan kewenangan untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan rumah tangga, pemerintahan daerah berwenang dalam menyelenggarakan urusan

hukum dan peraturan perundang-undangan bersama dengan dewan perwakilan rakyat daerah sebagai unsur pembuat peraturan daerah yang memiliki legalitas dalam tindakan pemerintahan daerah. Legalitas merupakan unsur yang sangat esensial di dalam tindakan penyelenggaraan pemerintahan daerah. Pemerintahan daerah dalam melaksanakan urusan pemerintahan yang bersifat mengatur dan mengurus dilakukan oleh perangkat pemerintah dari orang-orang yang bekerja diangkat dan diberhentikan oleh pemerintah daerah, tetapi termasuk juga dengan orang-orang yang berstatus pegawai pemerintah pusat yang diperbantukan pada pemerintahan daerah.

Kewenangan pemerintah pusat memberikan kewenangan kepada pemerintahan daerah untuk mengatur urusan-urusan tertentu, yang oleh pemerintah pusat diserahkan kepada pemerintahan daerah sebagai urusan rumah tangga sendiri. Kewenangan yang lainnya diluar yang diserahkan oleh pemerintah pusat, pemerintahan daerah tidak mempunyai hak untuk mengatur dan mengurusnya. Kewenangan urusan pemerintahan yang diserahkan dari pemerintah pusat kepada pemerintah daerah berlandaskan situasi dan keadaan politik ketatanegaraan yang berkembang saat itu. Penyelenggaraan urusan pemerintahan yang diserahkan dari pemerintah pusat kepada pemerintahan daerah berdasarkan hukum positif yang ditetapkan oleh penyelenggara pemerintahan negara tingkat pusat.

Penyelenggaraan pemerintahan negara dalam pemerintahan daerah yang bersifat otonom, menurut pendapat Hestu B. Handoyo menyebutkan bahwa pemerintahan daerah otonom (*local autonomous goverment*), yakni satuan-satuan

pemerintahan lokal yang berada di bawah pemerintahan pusat yang berhak atau berwenang menyelenggarakan pemerintahan sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat setempat, dengan ciri-ciri sebagai berikut :

- a. Urusan-urusan pemerintahan atau wewenang pemerintahan yang diselenggarakan oleh pemerintahan lokal otonom adalah urusan atau wewenang yang telah menjadi urusan rumah tangga sendiri;
- b. Penyelenggaraan pemerintahan lokal otonom dijalankan oleh pejabat- pejabat yang merupakan pegawai pemerintahan lokal itu sendiri atau dengan kata lain pejabat-pejabatnya tersebut diangkat dan diberhentikan oleh pemerintahan lokal otonom itu sendiri.
- c. Penyelenggaraan antara pemerintahan pusat dan pemerintahan lokal otonom adalah hubungan yang bersifat pengendalian dan pengawasan atau hubungan kemitraan (*partnership*).¹¹¹

Penjelasan umum angka 2 huruf c Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok Pemerintahan di Daerah, dinyatakan bahwa pemerintahan daerah otonom adanya daerah tingkat I dan daerah tingkat II, sedangkan wilayah-wilayah vertikal merupakan lingkungan kerja pemerintahan administratif. Dengan demikian pemerintahan daerah otonom dan wilayah administratif berada dalam satu wilayah. Menurut Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, bentuk pemerintahan daerah otonom hanya diselenggarakan di kabupaten dan kota, sedangkan pemerintahan daerah

¹¹¹ B.Hestu Cipto Handoyo *Op.Cit.*hal. 288

administratif dan otonom dilaksanakan bersamaan di provinsi, sesuai dengan Pasal 9 Ayat (1),(2) dan (3) yang disebutkan sebagai berikut :

- (1) Kewenangan provinsi sebagai daerah otonom mencakup kewenangan dalam bidang pemerintahan yang bersifat lintas kabupaten dan kota, serta kewenangan dalam bidang pemerintahan tertentu lainnya.
- (2) Kewenangan provinsi sebagai daerah otonom termasuk juga kewenangan yang tidak atau belum dapat dilaksanakan daerah kabupaten dan daerah kota.
- (3) Kewenangan provinsi sebagai wilayah administratif mencakup kewenangan dalam bidang pemerintahan yang dilimpahkan kepada gubernur selaku wakil Pemerintah.

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah menurut Pasal 4 Ayat (1) disebutkan bahwa Gubernur yang karena jabatannya berkedudukan juga sebagai wakil pemerintah di wilayah provinsi. Penyelenggaraan pemerintah daerah sesuai dengan pemerintah daerah administratif dan otonom, maka pemerintahan daerah administratif merupakan pelaksanaan urusan pemerintahan derivatif, yaitu penyelenggaraan pemerintah pusat di daerah yang merupakan perintah antara pemerintahan atasan dalam hal ini pemerintah pusat, dan yang diperintah pemerintah daerah yang pelaksanaannya telah ditentukan oleh pemerintah pusat, sehingga proses pengambilan kebijakannya sudah ditentukan oleh pemerintah pusat, sedangkan pemerintahan daerah tidak mempunyai ruang dan waktu berperan serta. Pemerintahan daerah otonom memberikan kesempatan bagi rakyat daerah

untuk mengambil bagian berpartisipasi dalam penetapan kebijakan pemerintah daerah melalui berbagai sarana penyampaian pendapat untuk mewujudkan urusan pemerintahan yang bersifat mengatur dan mengurus dalam rumah tangga sendiri urusan pemerintahan di daerah.

Sistem pemerintahan negara Indonesia adalah merupakan penjabaran dari UUD NRI Tahun 1945 dalam keseluruhan penyelenggaraan pemerintahan guna mewujudkan masyarakat adil dan makmur. Penjabaran UUD NRI Tahun 1945 dalam Pasal 18, memberikan kebebasan untuk menyelenggarakan otonomi daerah yang dipandang menekankan prinsip-prinsip demokrasi, partisipasi masyarakat, pemerataan, keadilan dan potensi keanekaragaman daerah. Dengan demikian otonomi daerah memberikan kewenangan seluas-luasnya, nyata dan bertanggungjawab dalam sistem ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Prinsip-prinsip demokrasi penyelenggaraan pemerintahan daerah dalam otonomi daerah dilandasi dengan asas kedaulatan rakyat dan asas permusyawaratan perwakilan dimana berdasarkan Pasal 1 Ayat (2) Undang- Undang Dasar 1945 sebelum amandemen, dinyatakan "Kedaulatan adalah ditangan rakyat dan dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat"

Asas kedaulatan dinyatakan dalam kalimat yaitu kedaulatan ada ditangan rakyat, sedangkan permusyawaratan perwakilan dinyatakan oleh kalimat Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai penjelmaan seluruh rakyat yang memegang kedaulatan rakyat seluruhnya.

Sistem pemerintahan negara dirumuskan sebelum amandemen Undang-Undang Dasar 1945, kewenangan kedaulatan rakyat telah diberikan sepenuhnya kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat. Hal ini berarti bahwa perumusan penyelenggaraan pemerintahan negara, rakyat telah memberikan mandat kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat. Selanjutnya untuk melaksanakan pemerintahan sehari-hari Majelis Permusyawaratan Rakyat memberikan mandat kepada Presiden Republik Indonesia untuk memegang mandat dari rakyat, sehingga Presiden disebut Mandataris Majelis Permusyawaratan Rakyat. Pemberian mandat (*mandaatsverlening*) dari Majelis Permusyawaratan Rakyat kepada Presiden, telah memenuhi unsur-unsur sebagai berikut :¹¹²

1. Pemberian kuasa hanya dapat diberikan oleh badan yang berwenang, yaitu badan yang memperoleh kekuasaan secara atribusi (*geattributioneerde*) atau oleh pemegang delegasi (*gedelegeerde*).
2. Pemberian kuasa tidak membawa konsekuensi bagi penerima kuasa (*gemandaatteeerde*) untuk bertanggungjawab kepada pihak ketiga, namun dapat diwajibkan memberi laporan atas pelaksanaan kekuasaan kepada pemberi kuasa. Tanggungjawab kepada pihak ketiga dalam kaitannya dengan tugas mandataris tetap berada pada pemberi kuasa (*mandant*).
3. Konsekuensi teknis administrasinya adalah bahwa seorang pemegang kuasa harus bertindak atas nama pemberi kuasa (*mandant*). Sedang

¹¹² Suwoto Mulyosudarmo, *Peralihan Kekuasaan, Kajian Teoritis dan Yuridis terhadap Pidato Nawaksara*, PT.Gramedia Pustaka Utama, Jakarta. 1997, hlm..47

seorang pemegang delegasi dan pemegang atribusi dapat bertindak mandiri.

4. Penerima kuasa dapat melimpahkan kuasa kepada pihak ketiga hanya atas izin dari pemberi kuasa. Izin secara tegas pada pemberi submandat diperlukan karena pelimpahan kuasa pada hakikatnya hanya sekedar pemberi hak untuk melakukan sebagian atau seluruh kekuasaan tanpa mengalihkan tanggungjawab.

Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai badan yang berwenang yang memperoleh kekuasaan berdasarkan Pasal 1 Ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 memberikan mandat kekuasaan kepada Presiden dengan konsekuensi memberikan laporan pelaksanaan kekuasaan kepada pemberi kuasa dalam hal ini Majelis Permusyawaratan Rakyat. Apabila Presiden melimpahkan mandat sebagian atau seluruh kekuasaan kepada pihak ketiga atau Menteri- Menteri diperlukan izin dari ketiga (MPR) tanpa mengalihkan tanggungjawab kepada para Menteri.

Sebagaimana UUD NRI Tahun 1945 dalam Pasal 1 Ayat (2) dinyatakan bahwa "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar". Kedaulatan rakyat yang merupakan asas demokrasi dalam penyelenggaraan pemerintahan negara, diatur lebih lanjut dalam ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan yang dibuat berikutnya. Pemerintahan daerah merupakan bagian yang tak terpisah dalam sistem pemerintahan negara, yang diatur dengan undang-undang. Undang-Undang tentang pemerintahan daerah setelah amandemen Undang-Undang Dasar Tahun

1945 telah dibentuk dan ditetapkan, yaitu Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Dasar pertimbangan digantinya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintah Daerah dengan Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yaitu, bahwa penyelenggaraan pemerintahan daerah sesuai dengan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang pemerintahan daerah yang menekankan pada otonomi daerah secara luas pada awalnya terjadi perkembangan pembangunan sangat maju di daerah-daerah. Dengan adanya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1999 tentang Perimbangan Keuangan antara Pusat dan Daerah, sebagai dana pembangunan bagi daerah yang menyebabkan semakin menjadikan daerah melakukan pembangunan untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Namun dibalik peningkatan pembangunan, ternyata masing-masing daerah muncul arogansi kekuasaan bagi elit politik daerah.

Peranan DPRD atas kepala daerah yang mempunyai kewenangan memberhentikan kepala daerah dengan alasan pertanggungjawaban tahunannya tidak diterima oleh DPRD menjadikan hubungan antara kepala daerah dengan DPRD di beberapa daerah menjadi tidak harmonis, sehingga menjadikan kepala daerah berada dibawah dari DPRD, karena kepala daerah dipilih dan diangkat oleh DPRD kemudian memberikan laporan peranggungjawaban pemerintahan daerah kepada DPRD. Hal ini menyebabkan kepala daerah harus tunduk langgeng selama lima tahun. Padahal kedudukan dan peranan kepala

derah dalam otonomi daerah sangat menentukan keberhasilan pemerintah untuk melaksanakan otonomi daerah. Dengan demikian telah terjadi perubahan politik ketatanegaraan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah yang perlu dipahami sebagai upaya untuk menjadikan pemerintah daerah basis penyelenggaraan pemerintahan negara.

Penyelenggaraan pemerintahan daerah sesuai dengan amanat Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945, pemerintahan daerah, yang mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan, diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan, pelayanan, pemberdayaan, dan peran serta masyarakat, serta peningkatan daya saing daerah dengan memperhatikan prinsip demokrasi, pemerataan, keadilan, keistimewaan dan kekhususan suatu daerah dalam sistem NKRI. Prinsip efisiensi dan efektivitas penyelenggaraan pemerintahan daerah perlu ditingkatkan dengan lebih memperhatikan aspek-aspek hubungan antara susunan pemerintahan dan antar pemerintahan daerah, potensi dan keanekaragaman daerah, peluang dan tantangan persaingan global dengan memberikan kewenangan yang seluas-luasnya kepada daerah disertai dengan pemberian hak dan kewajiban menyelenggarakan otonomi daerah dalam kesatuan sistem penyelenggaraan pemerintahan negara.

Penyelenggaraan pemerintahan daerah yang demokratis diatur dalam Pasal 18 Ayat (2), (3),(4) dan (5), UUD NRI Tahun 1945 yang disebutkan sebagai berikut:

- (2) Pemerintah daerah provinsi, daerah kabupaten dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.
- (3) Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum.
- (4) Gubernur, Bupati dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintahan provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.
- (5) Pemerintahan daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

Pemerintahan daerah yang mempunyai hak untuk mengatur dan mengurus sendiri dalam melaksanakan asas otonomi berpeluang melaksanakan kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses perencanaan dan pelaksanaan program pembangunan dan peran serta dalam pengambilan keputusan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup ditengah masyarakat. Setiap pemerintahan daerah memiliki dewan perwakilan rakyat daerah sebagai pencerminan asas perwakilan sebagai unsur dari pemerintahan daerah yang bertugas sebagai badan legislasi daerah, melakukan kontrol atau pengawasan pelaksanaan pemerintah daerah dan

menetapkan arah kebijakan dalam penyusunan anggaran pendapatan dan belanja daerah.

Menurut C.F. Strong essensi dari demokrasi tidak dipisahkan dengan rakyat dan kedaulatan rakyat, yang disebutkan sebagai berikut :

“ By democracy in this sense we there fore mean a system of government in which the majority of the grown members of a political community participate throught a method of representation which secures that the government is ultimaty responsible for its actions to that majority. In a nother words , the contemporary constitutional state must be based on system of democratic representation which guarantees the souverignty of the people¹¹³. (Dalam pengertian ini demokrasi adalah suatu system pemerintahan yang mayoritas anggota-anggota masyarakatnya berpartisipasi dalam politik melalui suatu metoda perwakilan yang menjamin pemerintah bertanggungjawab atas tugas-tugasnya terhadap masyarakat. Dengan kata lain, secara kontemporer Negara konstitusinal harus didasarkan pada suatu system demokrasi perwakilan yang dikenal dengan kedaulatan rakyat).

Pendapat dari CF Strong diatas, demokrasi dapat dilaksanakan secara normatif bila telah memenuhi unsur-unsur seperti dikemukakan oleh A.Dahl dalam Juanda. H sebagai berikut :¹¹⁴

1. *Freedom to form and joint organization* (Ada kebebasan untuk membentuk dan menjadi anggota perkumpulan);
2. *Freedom of expression* (Ada kebebasan menyatakan pendapat);
3. *The right to vote* (Ada hak untuk memberikan suara dalam pemungutan suara);

¹¹³ C.F. Strong, 1966, *Modern Political Constitusinal* , Sidgwick & Jackson Limited London E.L.B.S Edition First Published, p.13

¹¹⁴ A.Dahl Juanda H. *Op.Cit*, hlm..82-83

4. *Eligibility to public office* (Ada kesempatan untuk dipilih atau menduduki berbagai jabatan pemerintahan Negara);
5. *The right of polical leaders to compete for support and voter* (Ada hak bagi pemimpin politik berkampanya untuk memperoleh dukungan atau suara);
6. *Alternatif sources of information* (Terdapat beberapa sumber informasi);
7. *Free and fair elections* (Adanya pemilihan yang jujur dan bebas);
8. *Institutions for making government politics depend on votes and other expressions of preference* (Lembaga-lembaga yang membuat kebijaksanaan bergantung kepada pemilih).

Sigmund Neumann dalam Juanda H.¹¹⁵ memberikan unsur-unsur demokrasi menjadi enam unsur pokok, yaitu :

1. Kedaulatan nasional di tangan rakyat ;
2. Memilih alternatif dengan bebas;
3. Kepemimpinan yang dipilih secara demokratis ;
4. *Rule of law*;
5. Adanya partai-partai politik; dan
6. Kemajemukan (*pluralisme*).

Berdasarkan pendapat beberapa para sarjana, menyebutkan demokrasi mengandung prinsip-prinsip dan nilai-nilai dalam penyelenggaraan pemerintahan negara yang bersifat prosedural dan substantial. Demokrasi yang berifat

¹¹⁵ Sigmund Neumann Juanda H. *Ibid*, hlm..83

prosedural, yang menekankan pada unsur-unsur atau syarat-syarat negara demokratis dan demokrasi substansial, yang menekankan pada nilai-nilai moral pelaksanaan demokrasi. Demokrasi yang memiliki prinsip yang bersifat prosedural seperti yang dikemukakan oleh A.Dahl dan Sigmund Neumann, sedangkan demokrasi yang substansial seharusnya merupakan pedoman bagi seluruh rakyat serta bagi pimpinan penyelenggara pemerintahan negara yang patut diteladani dalam setiap tindakan pemerintahan. Demokrasi memiliki prinsip yang bersifat substansial dapat digambarkan sebagai berikut¹¹⁶ :

1. *Penyelesaian perselisihan diselesaikan secara damai.*

Dalam setiap komunitas masyarakat tentunya akan terjadi gesekan-gesekan konflik sosial antara sesama individu dalam masyarakat, antara kelompok dengan kelompok atau antara masyarakat dengan pemerintah akibat dari tindakan pemerintah yang dirasakan dapat merugikan kepentingan masyarakat. Untuk dapat menyelesaikan permasalahan konflik sosial itu, diupayakan dilaksanakan secara kekeluargaan dengan asas musyawarah mufakat, yaitu duduk bersama-sama membahas permasalahan dengan menggunakan pola berpikir akal sehat yang rasional sehingga ditemukan penyelesaian bersama yang bersifat *win win solution*. Begitu pula antara masyarakat dengan pemerintah dilakukan melalui pendekatan dengan tokoh-tokoh masyarakat, sehingga pemerintah mampu untuk melindungi dan mengayomi masyarakat.

¹¹⁶ Juanda, *Ibid.*

2. *Mengakui dan menganggap wajar adanya beda pendapat dan keanekaragaman.*

Kebebasan berbicara mengeluarkan pendapat dalam suatu sistem demokrasi sangat dihargai. Oleh karena itu tentu akan ada perbedaan pendapat satu dengan yang lainnya. Dalam konsep keanekaragaman merupakan khasanah kekayaan yang tiada ternilai. Dengan perbedaan pendapat tersebut, maka akan ditemukan pendapat yang merupakan buah pemikiran yang sebenarnya.

3. *Pergantian kepemimpinan secara teratur dan damai.*

Dalam setiap negara demokrasi, pergantian kepemimpinan dilaksanakan secara teratur untuk mencegah terjadi kepemimpinan yang obsolutisme dan autoriter. Dengan demikian perlu dilakukan pergantian kepemimpinan secara teratur dan dilakukan secara damai yang berdasarkan dengan ketentuan peraturan-perundangan yang berlaku.

4. *Membatasi bahkan menghilangkan pemakaian kekerasan.*

Kekerasan merupakan tindakan pemerintahan demokratis yang tidak terpuji. Pemerintahan demokratis menjamin kebebasan dalam melakukan penilaian pemerintah, sehingga cenderung perlakuan masyarakat melakukan tindakan-tindakan anarkhis. Dengan demikian, maka tindakan pemerintah sepatutnya membatasi serta bahkan menghilangkan tindakan kekerasan.

5. *Bersama-sama menjamin tegaknya keadilan.*

Keadilan merupakan nilai yang diwujudkan bagi negara demokrasi untuk menegakkan hukum. Demokrasi tanpa hukum mengakibatkan tidak akan berjalan, sebaliknya hukum tanpa demokrasi akan tidak bermakna. Dengan demikian antara demokrasi dan hukum agar diupayakan berjalan saling terkait dalam negara yang menjunjung supremasi hukum dan pemerintahan demokrasi.

Munir Fudy¹¹⁷, mengemukakan demokrasi substansial yang menekankan nilai-nilai sebagai berikut berikut :

1. Nilai kesetaraan (*equalitialisme*).
2. Nilai penghargaan terhadap hak-hak asasi;
3. Nilai perlindungan (*protection*);
4. Nilai keberagaman (*pluralisme*);
5. Nilai keadilan;
6. Nilai toleransi;
7. Nilai kemanusiaan;
8. Nilai ketertiban;
9. Nilai penghormatan terhadap orang lain
10. Nilai kebebasan;
11. Nilai penghargaan terhadap kepemilikan;
12. Nilai tanggungjawab;
13. Nilai kebersamaan;
14. Nilai kemakmuran;

¹¹⁷ Munir Fuady, *Konsep Negara Demokrasi*, Refika aditama, Bandung, 2010, hlm. 16-

Menurut A. Ubaedillah dan Abdul Rozak dalam Munir Fudy¹¹⁸, menyebutkan suatu pemerintahan yang demokratis merupakan tata kehidupan masyarakat demokratis, dengan ciri-ciri sebagai berikut :

- a. Penghormatan terhadap pluralisme dalam masyarakat;
- b. Semangat musyawarah dalam mencapai suatu putusan tertentu;
- c. Cara yang diambil haruslah selaras dengan tujuan yang hendak dicapai;
- d. Norma kejujuran dalam mufakat;
- e. Norma kebebasan, persamaan hak, dan kesamaan perlakuan diantara anggota masyarakat; dan
- f. Toleransi terhadap prinsip coba dan salah (*trial and error*) dalam mempraktekkan demokrasi.

Konsep pemerintahan yang demokrasi adanya persamaan kedudukan diantara warga masyarakat dalam hukum dan pemerintahan. Kedudukan persamaan bagi warga masyarakat oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dijamin dalam Pasal 27 Ayat (1), yang menentukan bahwa setiap warga negara bersamaan kedudukannya didalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan itu tanpa ada kecualinya. Prinsip persamaan didalam hukum dan pemerintahan merupakan substansi demokrasi yang patut diberlakukan secara wajar dalam pemerintahan demokrasi. Penyelenggaraan pemerintahan yang demokratis dari suatu warga

¹¹⁸ Munir Fuady, *Ibid*, hlm. 13-14

masyarakat dengan hak-hak minoritas yang sering tertindas dari golongan mayoritas. Sesuai dengan pemerintahan demokratis golongan minoritas mempunyai hak yang sama didalam pemerintahan, sedangkan sebagai penguasa pemerintahan dari golongan mayoritas tanpa mengikutsertakan dari golongan minoritas. Disatu sisi konsep politik dan kemanusiaan mendudukan setiap individu diperlakukan sama dalam warga masyarakat tanpa membedakan dari suku, agama, gender dan lain-lain. Perlakuan mempertahankan persamaan hak bagi golongan minoritas dalam konsep pemerintahan oleh mayoritas dilakukan dalam pemerintah yang demokratis.

Penyelenggaraan pemerintahan daerah sebagai wujud dari demokrasi dilaksanakan dengan penyerahan urusan pemerintahan dari pemerintah pusat kepada pemerintahan daerah. Konsepsi hubungan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah sesuai demokratis dengan memberikan kewenangan urusan dalam penyelenggaraan pemerintahan antara pemerintah pusat dengan pemerintahan daerah. Kewenangan yang menjadi urusan pemerintahan daerah yang menjadi urusan rumah tangga sendiri daerah. Dalam implementasinya dilaksanakan atas kebebasan, kemandirian serta prakarsa daerah sendiri sebagai upaya partisipasi masyarakat sesuai dengan keadaan dan potensi daerah serta kebutuhan masyarakat. Menurut Soemitri dalam M.R.Khairul Muluk¹¹⁹ mengatakan bahwa undang-undang tentang Pemerintahan Daerah telah mengatur sebaik-baiknya tentang otonomi dan *medebewind*. Urusan-urusan yang diserahkan kepada daerah-daerah

¹¹⁹ Soemitro M.R.Khairul Muluk, *Op.Cit.* hlm. 134

adalah dalam bidang yang tidak masuk kepentingan umum yang diurus oleh pemerintah pusat karena telah diatur dalam peraturan tersendiri dan urusan sisa yang tidak diperinci menjadi urusan daerah otonom .

Pemerintahan daerah sebagai daerah otonom, mempunyai kewenangan didalam penyelenggaraan pemerintahan daerah yang demokratis sesuai dengan penjabaran Undang-Undang Dasar 1945, bahwa pemerintahan daerah diselenggarakan berdasarkan prinsip permusyawaratan atau demokrasi. Pemerintahan daerah berhak mengatur dan mengurus urusan pemerintahan berdasarkan aspirasi dan kepentingan masyarakat. Menurut Bagir Manan¹²⁰ , menyatakan hubungan pusat dan daerah dalam kerangka demokrasi sesuai dengan prinsip desentralisasi sebagai berikut :

1. Permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara.

Penyelenggaraan pemerintahan didasarkan pada prinsip kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan. Dalam pemerintahan daerah diselenggarakan oleh rakyat daerah sehingga penyelenggaraan pemerintah daerah bersifat demokratis yang berdasarkan asas kedaulatan rakyat di daerah dan asas permusyawaratan perwakilan. Sistem pemerintahan daerah dilaksanakan sesuai dengan perwakilan dalam badan perwakilan pada provinsi, kabupaten dan kota yang melakukan pemilihan kepala daerah .

2. Pemeliharaan dan pengembangan prinsip-prinsip pemerintahan asli.

¹²⁰ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, Penerbit Sinar Harapan Jakarta, 1994, hlm..24,.

Penyelenggaraan pemerintah pusat dan daerah tidak boleh membongkar susunan dan struktur asli pemerintahan masyarakat bangsa Indonesia tapi harus memelihara dan mengembangkannya. Dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan penjelasannya sangat jelas disebutkan bahwa daerah-daerah yang memiliki susunan asli yaitu bekas-bekas daerah swapraja dijadikan daerah istimewa dengan mengembangkannya menjadi pemerintahan daerah yang demokratis dan modern. Begitu juga dengan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat. Kesatuan-kesatuan masyarakat adat tersebut juga harus dihormati statusnya selanjutnya dikembangkan menjadi satuan pemerintahan modern berdasarkan demokrasi.

3. **Kebhinekaan.**

Penyelenggaraan pemerintahan pusat dan daerah harus berdasarkan kebhinekaan sesuai dengan semboyan "Bhinneka Tunggal Ika". Bhineka artinya keragaman yaitu perbedaan budaya, adat istiadat, agama, suku, dan ras yang dimiliki bangsa Indonesia. Keragaman inilah yang menjadi dasar persatuan, bukan persatuan untuk menjaga keragaman. Prinsip kebhinekaan tersebut ditegaskan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah dengan cara menghormati, mengakui, dan mengembangkan susunan asli pemerintahan bangsa Indonesia.

4. **Negara Hukum.**

Dalam penjelasan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 disebutkan bahwa Indonesia berdasarkan atas hukum (*rechtsstaats*) tidak berdasarkan

kekuasaan belaka (*machtstaat*). Kemusian dalam pasal 18 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 menjelaskan penyelenggaraan pemerintahan daerah harus berdasarkan prinsip musyawarah/ demokrasi. Dengan demikian, penyelenggaraan pemerintahan daerah harus berdasarkan hukum dan demokrasi. Dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah yang mempergunakan prinsip hukum dan demokrasi menimbulkan distribusi kewenangan sesuai dengan prinsip keadilan dan kesejahteraan masyarakat. Prinsip keadilan dan kesejahteraan bagi pemerintah pusat dan pemerintah daerah berkewajiban untuk mewujudkan, yang disebabkan adanya tugas, wewenang dan tanggungjawab. Kewenangan yang bersifat pelayanan sosial dan perorangan diberikan kewenangan pada pemerintahan daerah, sedangkan yang bersifat kebijakan nasional diserahkan kewenangan kepada pemerintahan pusat.

3.2. Urgensi Peraturan Daerah Dalam Kerangka Otonomi Daerah

Suatu negara yang memiliki wilayah geografis yang luas dengan jumlah penduduk besar dan kompleksitas kepentingan yang sangat pluralis, tidak dapat menghindarkan diri dari suatu sistem pemencaran dan pembagian wewenang antara pemerintah pusat dan daerah. Hal ini memberikan konsekuensi terdapatnya hak dan kewajiban bagi daerah di dalam wilayah negara untuk mengurus rumah tangganya sendiri yang kemudian dikenal sebagai Daerah Otonom.

Sebagaimana amanat undang-undang, penyelenggaraan Otonomi Daerah di Indonesia dilaksanakan dengan memberikan kewenangan yang luas, nyata

dan bertanggung jawab kepada daerah secara proporsional yang diwujudkan dengan pengaturan, pembagian, dan pemanfaatan sumber daya nasional yang berkeadilan, serta perimbangan keuangan Pusat dan Daerah. Di samping itu penyelenggaraan Otonomi Daerah juga dilaksanakan dengan prinsip-prinsip demokrasi, peran serta masyarakat, pemerataan, dan keadilan serta memperhatikan potensi dan keanekaragaman daerah.

Untuk menunjang pelaksanaan kewenangan yang diberikan sebagai daerah otonom, maka Daerah Provinsi, Kabupaten dan Kota, diberikan kewenangan untuk menyelenggarakan sistem regulasi yang juga bersifat otonom, yang dikenal dengan istilah Peraturan Daerah (Perda).

Hasil amandemen UUD 1945 telah menetapkan bahwa Peraturan Daerah sebagai salah satu bentuk hukum peraturan perundang-undangan, yang sebelumnya hanya diatur berdasarkan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat. Mengingat landasan pijakannya bersumber dari Undang-Undang Dasar, maka Peraturan Daerah harus mampu mengemban cita hukum (*rechtsidee*) pembangunan hukum yang digariskan dalam UUD 1945 yang mengacu pada tiga watak hukum, yaitu : *hukum yang demokratis, hukum yang berperikemanusiaan, dan hukum yang berkeadilan sosial*. Ketiga watak hukum ini telah sejalan dengan konsepsi dan idealitas hukum modern yang kini tengah diperjuangkan di berbagai belahan bumi ini. Ketiga watak hukum tersebut sepenuhnya mengacu pada kodrati manusia yang memiliki harkat, martabat, kebebasan dan kesamaan.

Peraturan Daerah sebagai produk hukum daerah merupakan sesuatu yang *inherent* dengan sistem Otonomi Daerah. Hal ini sebagai konsekuensi dari sistem Otonomi Daerah itu sendiri yang bersendikan kemandirian (*zefstandigheid*) dan bukan merupakan suatu bentuk kebebasan suatu satuan pemerintahan yang merdeka (*onafhankelijkheid*). Kemandirian sendiri mengandung arti bahwa Daerah berhak mengatur dan mengurus urusan rumah tangga pemerintahannya sendiri. Kewenangan mengatur disini mengandung arti bahwa daerah berhak membuat keputusan hukum berupa peraturan perundang-undangan, yang nomenklaturnya disebut Peraturan Daerah. Dengan demikian, kehadiran atau keberadaan Peraturan Daerah menjadi sesuatu yang mutlak dalam mengatur urusan rumah tangga daerah, dalam wadah negara kesatuan yang tetap menempatkan hubungan Pusat dan Daerah yang bersifat *subordinat* dan *independen*.

Konsep otonomi daerah maupun daerah otonom terkandung wewenang (fungsi) mengatur dan mengurus. Istilah *mengatur dan mengurus* berasal dari istilah teknis hukum (yuridis) Hindia Belanda yang disebut *regelend dan bestuur*. Dari segi hukum, mengatur berarti perbuatan menciptakan norma hukum yang berlaku umum dan biasanya bersifat abstrak (tidak mengenai hal dan keadaan yang konkret), sedangkan mengurus berarti perbuatan menciptakan norma hukum yang berlaku individual dan bersifat konkret. Secara materiil, mengurus dapat berupa memberikan pelayanan kepada orang atau badan tertentu dan/atau melakukan pembangunan proyek-proyek tertentu (secara konkret dan kasuistik).

Peraturan Daerah merupakan norma hukum yang materinya bersifat mengatur dan berlaku umum, mengandung muatan abstrak, sehingga masih memerlukan tindak lanjut dalam tataran operasionalnya. Dalam konteks ini, Kepala Daerah dapat menetapkan Keputusan Kepala Daerah, sesuai dengan pendelegasian yang bersumber dari pasal-pasal materi Peraturan Daerah dan atas kuasa peraturan perundang-undangan lain yang berlaku. Bagir Manan¹²¹ menjelaskan ciri abstrak umum atau umum abstrak, artinya tidak mengatur atau tidak ditujukan pada objek, peristiwa atau gejala konkret tertentu. Sebagai norma hukum Peraturan Daerah adalah instrumen/sarana bagi pemerintah untuk menjalankan roda/aktivitas pemerintahan, dan untuk menyelesaikan masalah sosial kemasyarakatan. Di samping itu berfungsi sebagai pengarah, perekayasa dan perancangan, serta pendorong perubahan dan perilaku warga masyarakat.

Pada hakikatnya, Peraturan Daerah merupakan keputusan dalam arti luas, sebagai tujuan untuk mengatur hidup bersama, melindungi hak dan kewajiban manusia dalam masyarakat, melindungi lembaga-lembaga sosial dalam masyarakat dan menjaga keselamatan dan tata tertib masyarakat di daerah yang bersangkutan atas dasar keadilan, untuk mencapai keseimbangan dan kesejahteraan umum. Djoko Prakoso¹²² menulis bahwa pada dasarnya Peraturan Daerah adalah sarana demokrasi dan sarana komunikasi timbal balik antara Kepala Daerah dan masyarakat di daerahnya.

¹²¹ Bagir Manan, *Perjalanan Historis Pasal 18 UUD 1945 (Perumusan dan Undang-Undang Pelaksananya)*, Unsika, Kerawang, 1993, hlm. 123.

¹²² Prakosa, Djoko. *Proses Pembentukan Daerah dan Beberapa Usaha Penyempurnaannya*. (Jakarta : Ghalia Indonesia, 2005), hlm. 99

Peraturan Daerah adalah kunci pokok dalam pelaksanaan pemerintahan daerah berdasarkan atas hukum, yang dalam UUD NRI Tahun 1945 hasil amandemen telah ditetapkan sebagai format kenegaraan yang secara tegas disebutkan dalam Pasal 1 Ayat (3) UUD 1945. Dengan demikian, semua aspek kehidupan kemasyarakatan, khususnya dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan daerah (hubungan antara pemerintahan daerah dan masyarakatnya) serta dalam hubungan antarsesama warga masyarakat di daerah diatur atau harus berlandaskan Peraturan Daerah. Oleh karena itu, Peraturan Daerah tidak lagi memerlukan pengesahan dari otoritas lembaga negara pada Pemerintah Pusat sebagai wujud kemandirian dan keotonomian. Dalam kaitan dengan itulah, luas lingkup materi Peraturan Daerah terbatas hanya sepanjang yang menjadi kewenangan Pemerintah Daerah untuk mengatur dan mengurus urusan rumah tangga pemerintahannya sendiri.

Berdasar pada ketentuan di atas, tampak wewenang daerah begitu luas untuk mengatur dan mengurus penyelenggaraan pemerintahan di daerah. Terlebih untuk daerah kabupaten dan daerah kota. Demikian luasnya bidang/urusan pemerintahan yang diserahkan kepada daerah kabupaten/kota untuk diatur dan diurus sebagai urusan rumah tangganya, maka kepada daerah diberlakukan prinsip otonomi yang seluas-luasnya terutama bagi daerah kabupaten dan kota.

Dalam konteks ini ada dua makna urgen (esensial) yang terkandung dalam otonomi yang seluas-luasnya. *Pertama*, luasnya otonomi yang diberikan kepada daerah tidak semata-mata diletakan pada banyaknya jumlah urusan yang

diserahkan kepada daerah, tetapi lebih terletak pada kemandirian daerah itu sendiri. Dikatakan demikian, karena isi otonomi bukanlah pembagian jumlah (*quantum*) urusan pemerintah antara pusat dan daerah. Urusan pemerintahan tidak dikenali jumlahnya. Pembagian urusan, dalam arti urusan yang diserahkan, harus dilihat dari sifat dan kualitasnya. Urusan rumah tangga daerah selalu lebih ditekankan pada urusan pelayanan (*service*). Dengan demikian, segala urusan yang akan menjadi ciri dan kendali keutuhan negara kesatuan akan tetap pada pusat.

Pengertian otonomi luas bukanlah terutama soal jumlah urusan. Otonomi luas harus lebih diarahkan pada pengertian kemandirian (*zelfstandigheid*), yaitu kemandirian untuk secara bebas menentukan cara cara mengurus urusan rumah tangga daerah itu sendiri. Dengan perkataan lain, hal yang harus diluaskan adalah kemandirian daerah. Sebab, betapapun banyaknya urusan yang diserahkan kepada daerah namun apabila daerah tersebut tidak mandiri, maka tidak akan dapat mewujudkan otonomi yang sebenarnya. *Kedua*, otonomi yang luas tidak sekadar melahirkan hak yang luas, tetapi kewajiban yang luas, tidak sekadar wewenang, tetapi juga tanggung jawab, dan tidak pula hanya sekadar sumber anugerah, tetapi juga beban.

Sebagaimana telah dikemukakan, bahwa urusan pemerintahan otonomi pada dasarnya bersifat pelayanan. Karena itu, sesungguhnya otonomi tersebut adalah beban dan tanggung jawab, bukan sekadar dasar untuk kewenangan. Akan tetapi, apabila disertai dengan berbagai kelengkapan yang cukup baik dan memadai, maka beban dan tanggung jawab itu akan

menjadi nikmat bagi pemerintah daerah dan masyarakat. Mengingat fungsi dasar otonomi di atas, maka masalah utama yang dihadapi sekarang bukan lagi terletak pada kehendak untuk berotonomi, melainkan yang lebih konkret terletak pada kesiapan daerah melaksanakan segala urusan otonomi yang sangat luas tersebut.

3.3 Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah di Era Otonomi Daerah

Berdasarkan sistem norma hukum berjenjang (*stufentheory*) yang dianut Indonesia, suatu produk perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Berdasarkan kewenangan pemerintah daerah terkait dengan otonomi daerah, maka semua kewenangan daerah, baik kewenangan yang menjadi urusan wajib dan urusan pilihan dari masing-masing pemerintahan daerah provinsi, kabupaten/kota, dapat menjadi materi muatan peraturan daerah sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan kepentingan umum

Apabila terjadi pertentangan antara suatu Peraturan Daerah di suatu kabupaten atau kota yang bertentangan dengan Peraturan Daerah di kabupaten atau kota lain, maka pada hakikatnya hal tersebut tidak berimplikasi hukum karena masing-masing memiliki kewenangan di lingkungan atau wilayah otonominya sendiri-sendiri. Hal tersebut berbeda bilamana kemudian Peraturan Daerah yang diterbitkan memiliki implikasi yang bersinggungan dengan kepentingan daerah lain, sehingga timbul perselisihan. Dalam konteks ini,

peranan pemerintah pusat berfungsi menyelesaikan melalui mekanisme administratif. Upaya hukum bagi penyelesaian konflik antara daerah otonom dan Pemerintah yang berakar pada pembatalan produk hukum daerah otonom sebaiknya tidak dilatari oleh analogi penyelesaian konflik antara konstitusi Negara Bagian dan konstitusi federal lewat Mahkamah Agung. Dalam Negara Kesatuan kita perlu berpegang pada prinsip bahwa daerah otonom adalah ciptaan Pemerintah. Dengan demikian daerah otonom hanya dimungkinkan menempuh upaya hukum melalui upaya administratif.

Peraturan Daerah yang substansinya merupakan penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-Undangan yang lebih tinggi, dalam ketentuan perundang-undangan tidak begitu jelas. Namun, penjabaran lebih lanjut peraturan atau kebijakan yang lebih tinggi oleh satuan pemerintahan yang lebih rendah dapat dilakukan dalam rangka tugas pembantuan dan dekonsentrasi. Kabupaten dan kota tidak mempunyai hubungan dekonsentrasi dengan satuan pemerintahan yang lebih tinggi, oleh karena itu, Peraturan Daerah sebagai penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi hanya mungkin dalam tugas pembantuan. Provinsi mempunyai hubungan dekonsentrasi dengan satuan pemerintah lebih tinggi (Pusat). Akan tetapi, hubungan ini bukan dengan Pemerintah Daerah Provinsi, melainkan dengan gubernur Sebagai Wakil Pemerintah Pusat. Olehnya itu, tidak mungkin dibentuk Peraturan Daerah untuk melaksanakan tugas dekonsentrasi.

Indonesia memasuki era otonomi daerah secara luas sejak berlakunya UU Nomor 22 Tahun 1999 sampai dengan berlakunya UU Nomor 23 Tahun 2014

sekarang ini. Pada era ini, DPRD dan Pemerintah Daerah diberikan kebebasan mengatur daerahnya dengan membuat peraturan daerah (Perda). Namun sebagaimana jamaknya kebebasan, secara naluri, kebebasan cenderung digunakan seluas-luasnya. Atas dasar latar belakang inilah pembatasan berupa pembatalan Perda menjadi perlu. Tanpa pembatasan, daerah berpotensi membuat Perda yang tidak sejalan dengan kerangka NKRI serta dasar dan arah kebijakan nasional. Adanya data bahwa ribuan peraturan daerah telah dan akan dibatalkan oleh Kementerian Dalam Negeri menunjukkan hal itu. Berdasarkan Undang- Undang No.23 tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 250 ayat (1) dan (2) disebutkan bahwa perda dilarang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan. Secara detail penjelasan dimaksud sebagai berikut :

1. Bertentangan dengan Ketentuan Peraturan perundang-undangan (PUU) yang lebih tinggi

Dalam menyusun Perda, legislator dan perancang tidak dapat sebebas-bebasnya merumuskan suatu ketentuan Perda. Mereka harus mempertimbangkan PUU yang lebih tinggi, seperti UUD Negara RI Tahun 1945, Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, dan Peraturan Presiden. Hal ini sesuai dengan asas hukum *lex superiori derogat legi inferiori*, yang artinya apabila terdapat perbedaan pengaturan maka ketentuan peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih tinggi melumpuhkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih rendah.

Dengan demikian, Perda menjadi tidak berlaku ketika bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi tersebut di atas.

2. Bertentangan dengan Kepentingan umum

Perda yang akan diberlakukan tidak boleh mengakibatkan terganggunya kerukunan antarwarga masyarakat, terganggunya akses terhadap pelayanan publik, terganggunya ketenteraman dan ketertiban umum, terganggunya kegiatan ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat, dan/atau diskriminasi terhadap suku, agama dan kepercayaan, ras, antar-golongan, dan gender. Menurut Pasal 250 ayat (2) Undang-Undang No.23 Tahun 2014, kepentingan umum tersebut termasuk :

- a. terganggunya kerukunan antarwarga masyarakat;
- b. terganggunya akses terhadap pelayanan publik;
- c. terganggunya ketenteraman dan ketertiban umum;
- d. terganggunya kegiatan ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat; dan/atau
- e. diskriminasi terhadap suku, agama dan kepercayaan, ras, antar-golongan, dan gender.

3. Bertentangan dengan Kesusilaan

Perda yang akan diberlakukan tidak boleh bertentangan dengan norma yang berkaitan dengan adab dan sopan santun, kelakuan, dan tata-krama masyarakat tempat Perda itu berlaku. Rumusan kesusilaan tersebut hingga kini masih multi tafsir dan tidak berkepastian hukum. Mengacu

pada pendapat Aries Harianto¹²³, kesusilaan adalah nilai perilaku terutama yang membangkitkan nafsu birahi berdasarkan kesadaran etis lokal sebagai wujud dari perasaan kolektif masyarakat lokal.

Dalam pengujian Perda oleh Pemerintah (*executive review*), terdapat permasalahan yang patut untuk dikaji. Yang pertama adalah, dalam pengujian Perda, Pemerintah Pusat mempunyai tiga batu uji untuk melakukan pengujian, yaitu “bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”, “bertentangan dengan kepentingan umum” dan “bertentangan dengan peraturan kesusilaan”, sebagaimana yang termaktub pada Pasal 250 Ayat (1) UU Nomor 23 Tahun 2014. Pengujian Perda dengan menggunakan batu uji istilah “kepentingan umum” yang dilakukan oleh Pemerintah Pusat, masih sangat luas cakupannya. Istilah “kepentingan umum” bisa diartikan sebagai kepentingan umum nasional ataukah kepentingan umum lokal (daerah). Dalam pasal 250 ayat (2) disebutkan bahwa yang dimaksud dengan “bertentangan dengan kepentingan umum” adalah kebijakan yang mengakibatkan terganggunya kerukunan antar warga masyarakat, terganggunya akses pelayanan umum, dan terganggunya ketentraman ketertiban umum, terganggunya kegiatan ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat; dan/atau diskriminasi terhadap suku, agama dan kepercayaan, ras, antar-golongan, dan gender.

Mengingat peraturan daerah merupakan peraturan perundang-undangan yang bersifat local (*local wet*), maka yang dimaksud dengan istilah “kepentingan

¹²³ Aries Harianto, Disertasi : Makna Tidak Bertentangan Kesusilaan sebagai Syarat Sah perjanjian Kerja, Hal 308. Disertasi dipertahankan dihadapan majelis penguji pada 30 Desember 2013 pada Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.

umum”, tidak lain merupakan kepentingan umum yang hanya mencakup daerah setempat. Yang menjadi permasalahan adalah, alat ukur apakah yang dipakai Pemerintah Pusat dalam hal menafsirkan bertentangan tidaknya suatu Perda dengan kepentingan umum, mengingat banyaknya daerah-daerah baik provinsi maupun kabupaten/ kota yang tersebar di seluruh wilayah Indonesia dengan corak masyarakat yang majemuk dan pluralistik.

Istilah “hak pengujian” berbeda dengan “*judicial review*”. Kalau berbicara mengenai “hak pengujian”, orientasinya ialah ke continental Eropa (Belanda), sedangkan “*judicial review*” orientasinya ialah ke Amerika Serikat. Walaupun tujuannya sama, dalam perkembangan selanjutnya apa yang dilaksanakan oleh Negara-negara Eropa yang menganut system *civil law* berbeda dengan Negara-negara yang menganut system *common law*.¹²⁴

Di beberapa Negara yang menganut system *civil law* kewenangan ini hanya diberikan kepada suatu lembaga tertinggi saja yang dikenal dengan *Constitutional Court* atau Mahkamah Konstitusi. Oleh karena, tata cara pengujian dilakukan oleh satu Mahkamah saja, maka system tersebut dikenal dengan nama “sentralisasi”, sedangkan metode pengujiannya disebut “*principaliter*”. Di beberapa Negara lainnya yang menganut system *common law*, *judicial review* diberikan kepada para hakim yang bertugas untuk menguji apakah peraturan yang dipermasalahkan dalam kasus yang sedang diperiksa bertentangan dengan konstitusi. Oleh karena prosedur pengujian tersebut dapat dilakukan oleh

¹²⁴ Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, Nusa Media, Bandung, Cetakan Pertama, 2009, hlm. 115

para hakim dalam pemeriksaan perkara secara konkrit, maka system ini disebut “desentralisasi”, dan metode pengujiannya disebut “*insidenter*”.¹²⁵

Di Indonesia, perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah membawa perubahan dalam kehidupan ketatanegaraan khususnya pada pelaksanaan kekuasaan kehakiman. Berdasarkan perubahan tersebut ditegaskan bahwa kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang ada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.¹²⁶ Dengan demikian, hak pengujian undang-undang untuk Undang- Undang Dasar kewenangannya diberikan kepada Mahkamah Konstitusi. Sedangkan hak pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang- undang terhadap undang-undang diberikan kewenangannya kepada Mahkamah Agung.

Dalam Undang-Undang Dasar 1945, kekuasaan kehakiman itu sendiri digambarkan sebagai kekuasaan merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. Kekuasaan kehakiman yang merdeka tersebut mengandung pengertian bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan ekstra yudisial, kecuali dalam hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-Undang Dasar

¹²⁵ *Ibid.*, hlm. 116-117

¹²⁶ Jimly Asshidiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT. Buana Ilmu Populer, Jakarta, Cetakan Kedua, 2008, hlm. 515.

Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Kebebasan dalam melaksanakan wewenang yudisial bersifat tidak mutlak karena tugas hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, sehingga putusannya mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia.¹²⁷

Eksistensi Kehakiman sangat dibutuhkan dalam rangka merumuskan Indonesia yang mengedapankan ciri keadilan berdasarkan Pancasila. Apalagi Indonesia pasca amandemen UUD 1945 mengisartkan bahwa, system ketatanegaraan memmanifestasikan *check and balances* yang didasarkan pada doktrin pemisahan kekuasaan. Sehingga bentuk peraturan perundang- undangan yang diproduksi oleh lembaga legislative dan eksekutif, baik ditingkat pusat maupun daerah harus mendapatkan pengujian dari lembaga yang setingkat dengan pembuat undang-undang tersebut agar kepentingan yang memmanifestasikan penyimpangan politik dapat di minimalisir lewat pengujian yang dilakukan oleh lembaga kehakiman (Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi).

Pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan upaya untuk menegakkan hukum nasional dalam Negara Republik Indonesia sebagaimana yang diamanatkan oleh UUD 1945. Karena tak ada suatu Negara di dunia menyelenggarakan urusan pemerintahannya tanpa berlandaskan pada ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan. Oleh sebab itu, Negara hukum sangat di cita-citakan dalam proses pembangunan Negara Republik Indonesia yang berkeadilan dalam segala aspek. Sehingga

¹²⁷ *Ibid.*, hlm. 517

Negara hukum mendapatkan legitimasi normatif dalam UUD 1945 Pasal 1 Ayat (3), “Negara Indonesia adalah Negara hukum”.

Negara hukum semata-mata bukan hanya dilihat pada tataran demokrasi normatif yang selalu hidup pada lingkungan Negara tanpa ada aplikasi dari demokrasi empirik. Akan tetapi lebih dilihat pada aspek *chek and balances* yang juga merupakan unsur dari Negara hukum demokrasi. Oleh sebab itu, dalam setiap kebijakan apapun yang ada relasinya dengan Negara harus mendapatkan pengawasan atau pun kontroling dari lembaga-lembaga yang mempunyai kewenangan tertentu, sehingga kebijakan dan kepentingan dalam bentuk peraturan perundang-undangan tidak menyimpang dari kepentingan rakyat maupun Negara.

Pembentukan peraturan perundang-undangan dalam rangka penegakan hukum nasional Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai sumber dari segala sumber hukum salah satunya adalah Peraturan Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota. Peraturan daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota dalam pengertian UU No. 12 Tahun 2011 merupakan peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota dengan persetujuan bersama Gubernur/Bupati/Walikota. Dalam aspek pembuatan, peraturan daerah dapat dianggap sebagai peraturan perundang-undangan yang sejajar dengan undang-undang, dimana dalam pembentukan undang-undang lembaga yang terlibat adalah legislative (DPR) dan eksekutif (Pemerintah/Presiden). Sedangkan peraturan daerah keterlibatan pembuatannya

antara pihak legislative (DPRD) dan eksekutif (Pemerintah Daerah) dengan persetujuan bersama. Akan tetapi, peraturan daerah dalam wilayah pengaturannya hanya bersifat local atau hanya berlaku pada daerah tertentu, sedangkan undang-undang mempunyai wilayah pengaturannya secara nasional maka, otomatis peraturan daerah dipandang sebagai peraturan perundang-undangan yang dalam tata urutannya berada dibawah undang-undang.

Menurut Ni'matul Huda, dari segi pembuatannya, sudah semestinya Peraturan Daerah, baik Peraturan Daerah Provinsi maupun Peraturan Daerah Kabupaten/Kota, dapat dilihat setara dengan undang-undang dalam arti semata-mata merupakan produk hukum lembaga legislative. Namun demikian, dari segi isinya sudah seharusnya, kedudukan peraturan yang mengatur materi dalam ruang lingkup daerah berlaku yang lebih sempit dianggap mempunyai kedudukan lebih rendah dibandingkan peraturan dengan ruang lingkup wilayah berlaku lebih luas. Sedangkan menurut Jimly Asshidiqqie, berkaitan dengan pengertian "*local constitution*" atau "*local grondwet*", maka Peraturan Daerah juga dapat dilihat sebagai bentuk undang-undang yang bersifat local. Mengapa demikian ? seperti undang-undang maka organ Negara yang terlibat dalam proses pembentukan Peraturan Daerah itu adalah lembaga legislative dan eksekutif secara bersama-sama. Jika undang-undang dibentuk lembaga legislatif pusat dengan persetujuan bersama presiden selaku kepala pemerintahan eksekutif, maka peraturan daerah dibentuk oleh lembaga legislatif daerah bersama-sama dengan kepala pemerintahan daerah setempat.¹²⁸

¹²⁸ Ni'matul Huda, *Hukum...*, *Op.Cit.*, hlm. 232-234

Walaupun dari aspek pembuatan Undang-Undang dan Peraturan Daerah diartikan sebagai produk formulasi kepentingan legislative dan eksekutif, namun materi muatan dalam undang-undang tidak bisa bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. begitu juga berlaku pada Peraturan Daerah, apabila ada indikasi bahwa suatu Peraturan Daerah tertentu bertentangan dengan kepentingan umum atau menyimpang dengan undang-undang yang dalam hirarkinya lebih tinggi, maka Peraturan Daerah tersebut dapat dibatalkan oleh organ yang mempunyai kewenangannya. Dalam artikulasi jenjang hukum adalah “lex superior derogate legis inferiori” (perundangan-undangan yang lebih rendah harus berpedoman kepada Perundang-Undangan yang lebih tinggi).

Oleh karena dalam aspek pembuatan Peraturan Daerah merupakan produk hukum legislatif dan pada hirarki perundangan Peraturan Daerah dikategorikan sebagai jenis peraturan perundang-undangan, maka menimbulkan suatu problematika terkait dengan kewenangan untuk menguji dan membatalkannya. Apakah secara konstitusional, pemerintah pusat yang berwenang membatalkan apabila ditemukan bahwa muatan materi Peraturan Daerah bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau undang-undang yang paling tinggi ? atau ada lembaga lain yang mempunyai kewenangan untuk menguji dan membatalkan Peraturan Daerah tersebut.

Berdasarkan UU No. 32 tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah, untuk melakukan pengawasan terhadap pemerintah daerah dalam kerangka Negara Kesatuan untuk penyelenggaraan otonomi daerah, maka pemerintah pusat diberi kewenangan untuk melakukan pengujian terhadap peraturan daerah.

Pengujian serta pembatalan peraturan daerah tersebut dengan asumsi dasar normative yang diatur dalam Pasal 145 ayat (2), menyatakan bahwa “peraturan daerah yang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dapat dibatalkan oleh pemerintah”. Dan keputusan pembatalan peraturan daerah ditetapkan melalui peraturan presiden paling lambat 60 (enam puluh) hari sejak diterimanya peraturan daerah. Akan tetapi, amanat normative UU No. 32 Tahun 2004 memberikan kesempatan kepada pemerintah daerah untuk mengajukan keberatan kepada Mahkamah Agung dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan.

Konstruksi gagasan UU No. 32 Tahun 2004, Mahkamah Agung diberikan kewenangannya bukan untuk menguji (*judicial review*) peraturan Daerah, melainkan menguji (*judicial review*) peraturan presiden yang membatalkan peraturan daerah. Misalnya diatur pada Pasal 145 ayat (5) dan (6), apabila Provinsi/Kabupaten/Kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan peraturan daerah sebagaimana yang dimaksud pada ayat (3) dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan, kepada daerah dapat mengajukan keberatan kepada Mahkamah Agung dan keberatan dikabulkan sebagian atau seluruhnya, putusan Mahkamah Agung tersebut menyatakan Peraturan Presiden menjadi batal dan tidak mempunyai kekuatan hukum.

UU No. 12 Tahun 2011 dalam Pasal 7 ayat (1), b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;

menjelaskan bahwa jenis dan hirarki peraturan perundang-undangan terdiri atas :

- a. Undang-Undang Dasar 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden
- e. Peraturan Daerah Provinsi;
- f. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Oleh sebab itu, kalau misalnya Peraturan Daerah dalam pengertian UU No. 12 Tahun 2011 merupakan jenis peraturan perundang-undangan yang berada dibawah undang-undang sebagaimana di maksud oleh UUD 1945 pasal 24A ayat (1), maka secara konstitusional Peraturan Daerah harus diuji (*judicial review*) oleh sebuah lembaga kehakiman yakni Mahkamah Agung.

Menurut Jimly Asshiddiqie, system yang dianut dan dikembangkan menurut UUD 1945 ialah “*centralized model of judicial review*” bukan “*desentralized model*”. Seperti ditentukan dalam pasal 24A ayat (1) dan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, system yang kita anut adalah system sentralisasi. Oleh karena itu, pilihan pengujiannya adalah oleh Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi. Jika kewenangan peraturan daerah diberikan kepada Mahkamah Agung, berarti peraturan daerah mutlak dilihat hanya salah satu bentuk peraturan perundang-undangan yang berada dibawah undang-undang. Karena itu, terlepas dari kenyataan bahwa peraturan daerah tersebut juga merupakan produk

“*legislative acts*”, tetapi berdasarkan ketentuan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945, pengujian atasnya mutlak hanya dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung.¹²⁹

Pembatalan peraturan daerah oleh pemerintah pusat yang kewenangannya diberikan oleh UU No. 23 Tahun 2014 selalu berada pada saumsi dasar bahwa pembatalan atas peraturan daerah karena bertentangan dengan kepentingan umum sebagaimana yang di jelaskan **pada Pasal 250 ayat (2)**, bahwa yang dimaksud “bertentangan dengan kepentingan umum” adalah kebijakan yang mengakibatkan terganggunya kerukunan antar warga masyarakat, terganggunya pelayanan umum, dan terganggunya ketentraman dan ketertiban umum serta kebijakan yang bersifat diskriminatif. Oleh karena, peraturan daerah merupakan peraturan perundang-undangan yang kewenangan pengaturannya hanya berlaku pada wilayah daerah tertentu, maka kata “kepentingan umum” yang dimaksud pada pasal 136 ayat (4) tak lain dan tak bukan “kepentingan umum” yang berlaku pada daerah tersebut. Lantas ukuran pelanggaran kepentingan umum seperti apa yang menjadi barometer pemerintah pusat untuk membatalkan peraturan daerah ? sedangkan pemerintah pusat tidak setiap saat berada pada daerah tersebut untuk melakukan pemantauan kondisi serta dinamika perubahan suatu daerah. Lantas bagaimana pemerintah pusat bisa mengetahui bahwa peraturan daerah dapat bertentangan dengan kepentingan umum ?

Menelah ketentuan Pasal 145 UU No. 32 Tahun 2004 dapat ditafsirkan bahwa pemerintah pusat diberikan kewenangan untuk melakukan pengujian terhadap peraturan daerah. Kewenangan tersebut merupakan upaya pengawasan

¹²⁹ *Ibid.*, hlm. 257

pemerintah daerah termasuk produk hukum yang ditetapkan di daerah. Sementara kewenangan yang diberikan terhadap Mahkamah Agung untuk melakukan pengujian terhadap peraturan presiden jika pihak daerah melakukan keberatan yang dapat dibenarkan oleh undang-undang. Akan tetapi, secara konstitusional hak pengujian peraturan daerah dalam aplikasinya bertentangan satu sama lain. Dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah pada Pasal 145 ayat (2), memberikan kewenangan pengujian peraturan daerah kepada pemerintah pusat (*eksekutif review*) dengan pembatalannya melalui peraturan pemerintah. Sedangkan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan pada Pasal 9 ayat (2) menjelaskan bahwa, dalam hal suatu peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang diduga bertentangan dengan undang-undang, pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Agung.

Dalam Pasal 9 ayat (2), kata “peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang” telah memanasifestasikan bahwa peraturan daerah adalah jenis peraturan perundang undangan-undangan yang berada dibawah undang-undang dan kewenangan pengujiannya (*judicial review*) mutlak dilakukan oleh Mahkamah Agung. Hal ini dikuatkan dengan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945, “Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang”.

Agak berbeda dengan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang memberi kewenangan pengujian

peraturan perundang-undangan (dalam hal peraturan daerah) kepada Mahkamah Agung sebagai pelaksana lembaga Kehakiman yang bebas dan merdeka tanpa ada intervensi dari lembaga ekstra kehakiman. Dalam perspektif UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, secara hirarki Mahkamah Agung mempunyai hak menguji Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Peraturan Daerah (Provinsi dan Kabupaten/Kota) baik secara materil maupun formil. Dasar Hukum hak pengujian Mahkamah Agung diatur juga dalam UUD 1945 Pasal 24A ayat (1), Selain itu, ada legitimasi kewenangan yang lain misalnya, Pasal 9 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, Pasal 11 ayat (2) huruf b UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman selanjutnya Pasal 31 ayat (2) UU No. 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung.

Ada pertentangan legitimasi kewenangan yang diatur dengan Undang-Undang Dasar dan Undang-Undang. Mekanisme “*eksekutif review*” yang dilakukan oleh pemerintah pusat dilegitimasi oleh Undang-Undang No 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah daerah, sedangkan kewenangan “*judicial review*” yang dilakukan oleh Mahkamah Agung mendapat legitimasi dari Undang-Undang Dasar 1945 (Pasal 24A ayat (2) dan undang-undang (UU No. 11 Tahun 2011, UU No. 4 Tahun 2004, UU No. 5 Tahun 2004). Namun dalam prakteknya, Mahkamah Agung hanya bersifat pasif dalam artian menunggu permohonan keberatan dari pihak pemohon yang merasa pembatalan dari pemerintah pusat merugikan pihak pemohon. Hanya pemerintah pusat yang bersifat aktif dalam pengujian terhadap peraturan daerah.

Dari masing-masing legitimasi kewenangan, ada relasinya dengan pembedaan standarisasi pengujian peraturan daerah baik itu melalui mekanisme “*eksekutif review*” yang dilakukan oleh pemerintah Pusat maupun “*judicial review*” oleh Mahkamah Agung. Pemerintah pusat, dalam pengujiannya dapat dikategori sebagai standarisasi yang luas, karena pengujian bukan saja dilakukan dengan sandaran terhadap peraturan perundang-undangan yang paling tinggi namun didasarkan juga pada pertentangan terhadap kepentingan umum. Sedangkan Mahkamah Agung menguji peraturan daerah berdasarkan pada apakah peraturan tersebut materinya bertentangan dengan undang-undang yang paling tinggi (pengujian materil) dan pembuatan peraturan daerah telah sesuai dengan langkah-langkah atau prosedur yang diatur dalam peraturan perundang-undangan (pengujian formil).

Jika peraturan daerah dalam tafsiran politik hukum (hukum sebagai produk politik) merupakan formulasi pertentangan-pertentang politik, dominasi politik, kekuatan-kekuatan politik antara lembaga legislative dan eksekutif yang notabenen rekrutmen jabatannya melalui pemilihan umum dengan peran partai politik yang sangat menonjol maka, besar kemungkinan dalam proses pengujian peraturan daerah yang dilakukan oleh pemerintah pusat akan bersifat politis. Oleh sebab itu, peraturan daerah sebagai produk politik tidak bisa diuji oleh lembaga politik yang pada dasar kekuasaannya sarat dengan kepentingan politik sehingga akan berkonsekuensi pada keputusan yang bersifat politik. Kata “melanggar kepentingan umum” dapat ditafsirkan berdasarkan kekuasaan politik belaka. Misalnya, peraturan daerah yang telah disahkan atau layak di undangkan

oleh pemerintah , terkadang menimbulkan reaksi perlawanan dari masyarakat, begitu juga sebaliknya. Apabila pemerintah membatalkan peraturan daerah, ada inisiatif pemerintah daerah atau masyarakat melakukan keberatan ke Mahkamah Agung. Ini menandakan bahwa tafsir kepentingan umum selalu berdimensi politik. Karena yang menguji adalah lembaga politik bukan lembaga Kehakiman yang pada eksistensinya tidak bisa di intervensi oleh lembaga-lembaga ekstra kehakiman. oleh sebab itu, peraturan daerah dapat dikatakan berkualitas atau tidak tergantung tafsiran politik pemerintah pusat.

Konstruksi gagasan diatas dapat dilacak juga pada argumentasi yang disampaikan oleh Ni'matul Huda, jika peraturan daerah sebagai produk politik diuji dan dibatalkan oleh lembaga politik melalui mekanisme yang juga politik dengan peraturan presiden, berarti partai politik akan dihadapkan dengan partai politik. Proses politik yang telah selesai pada tingkat daerah, dilanjutkan dengan proses politik ditingkat pusat.¹³⁰

Konfigurasi politik akan menentukan proses politik dalam hal pengujian terhadap peraturan daerah oleh pemerintah. Ketika konfigurasi politik yang dibangun disuatu daerah dipandang demokratis maka pembatalan peraturan daerah akan berada pada prosedur hukum. Namun sebaliknya, jika konfigurasi politik yang dibangun oleh daerah dipandang sebagai otoriter maka dalam proses pembatalan peraturan daerah akan dilakukan dengan kekuatan yang dominan.

¹³⁰ *Ibid.*, hlm. 254

Kembali pada masalah norma hukum yang berkaitan dengan pembatalan peraturan daerah melalui ketetapan presiden. Dalam praktek pengujian melalui mekanisme “*eksekutif review*” oleh pemerintah pusat, instrument hukum untuk membatalkan suatu peraturan daerah adalah peraturan presiden dan itu mutlak diatur dalam UU No. 32 Tahun 2004 Pasal 145 ayat (2). Akan tetapi dalam kenyataannya, pembatalan peraturan daerah ditetapkan tidak dengan peraturan presiden melainkan dengan Keputusan Menteri dalam Negeri (Kepmendagri). Oleh sebab itu, pembatalan peraturan daerah lewat Kemendagri dapat dianggap mekanisme yang dilakukan diluar hukum atau cacat hukum. Seharusnya Kemendagri dalam pengujian peraturan daerah tidak bersifat final dengan mengeluarkan keputusannya, karena pembatalan peraturan daerah harus dikemas dengan peraturan presiden.

3.3.1 Pertimbangan Filsafat Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah Di Era Otonomi Daerah

Pengertian Perda umumnya dapat dijumpai dalam beberapa peraturan perundang-undangan diantaranya :

- a. Undang-Undang No. 32 Thn 2004 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 1 angka 10 Peraturan daerah selanjutnya disebut Perda adalah peraturan daerah provinsi dan/atau peraturan daerah kabupaten/kota.
- b. Undang-Undang No. 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retibusi Daerah Pasal 1 Peraturan Daerah adalah Peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh DPRD

Provinsi dan/atau daerah Kabupaten/Kota dengan persetujuan bersama Kepala Daerah.

- c. Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 1 angka 25 Peraturan Daerah yang selanjutnya disebut Perda atau yang disebut dengan nama lain adalah Perda Provinsi dan Perda Kabupaten/Kota.

Dengan melihat beberapa pengertian Perda yang dimuat dalam beberapa peraturan perundang-undangan maka dapat dilihat beberapa unsur dari Perda tersebut yakni :

- a. Merupakan suatu bentuk peraturan
- b. Adanya persetujuan bersama DPRD dan Kepala Daerah
- c. Berlaku hanya di daerah yang membentuknya
- d. Perda Provinsi dibentuk oleh DPRD Provinsi bersama-sama dengan Gubernur dan Perda Kabupaten/Kota dibentuk oleh DPRD Kabupaten/Kota dengan Bupati/Walikota.

Sebagai pembanding pengertian Perda di Indonesia hampir sama dengan pengertian *Delegate Legislation* di Inggris yang juga merupakan negara kesatuan yang mempunyai daerah otonom, dimana *Delegate Legislation* diartikan sebagai *Local authorities in the form bylaws to regulate their locality according localized need*.¹³¹ Berdasarkan prinsip-prinsip dalam otonomi daerah di Indonesia, yaitu otonomi seluas-luasnya, nyata dan bertanggung jawab, salah satu urusan yang menjadi urusan pemerintahan daerah adalah dalam bidang legislasi,

¹³¹ Hilaer Barnett, *Constitutional And Administrative Law*, (London : Queen Mary, University,of London Cavendish Publishing Limited : 2002) p.484

yakni atas prakarsa sendiri membuat peraturan daerah beserta aturan-aturan pelaksanaannya.

Dalam perkembangan pemerintahan daerah otonom, eksistensi peraturan daerah ternyata banyak memberikan warna bagi masing-masing pelaksanaan pemerintahan daerah itu sendiri. Hal ini dibuktikan dengan begitu banyaknya peraturan daerah yang dihasilkan oleh masing-masing pemerintah daerah dengan memperhatikan ciri khas masing-masing daerah.

Perihal adanya pemerintahan daerah otonom, tentu saja terkait dengan pembentukan suatu peraturan pemerintahan daerah itu sendiri. Menurut Jimly Asshiddiqie:¹³²

“Dalam keadaan yang normal, sistem norma hukum diberlakukan berdasarkan undang-undang dasar dan perangkat peraturan perundang-undangan yang secara resmi diadakan untuk mengatur berbagai aspek yang berkenaan dengan penyelenggaraan kegiatan bernegara pada umumnya, akan tetapi kadang-kadang kurang terbayangkan bahwa akan ada keadaan lain yang bersifat tidak normal, dimana sistem hukum yang biasa itu tidak dapat diharapkan efektif untuk mewujudkan tujuan hukum itu sendiri”

3.3.2. Pertimbangan Yuridis Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah Di Era Otonomi Daerah

Setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus memiliki tujuan yang jelas yang hendak dicapai dan memperhatikan materi muatan yang tepat dengan jenis peraturan perundang-undangannya. Murphy¹³³ memberikan

¹³² Siswanto Sunarno, *Hukum Pemerintahan Daerah Di Indonesia*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2006), hlm. 9.

¹³³ Murphy, Mark C., 2007. *Philosophy of Law, The Fundamentals*. Australia: Blackwell Publishing.

pandangannya mengenai tujuan hukum yaitu memberikan kebaikan bersama. Selain itu, harus memperhitungkan efektifitas peraturan perundang-undangan tersebut dalam masyarakat, baik secara filosofis, sosiologis maupun yuridis. Materi muatan peraturan perundang-undangan harus dapat memberikan fungsi perlindungan dalam rangka menciptakan kebahagiaan hidup dalam masyarakat, harus mencerminkan perlindungan dan penghormatan hak asasi manusia dan martabat setiap warga yang diaturnya.

Perubahan Kedua menghasilkan adanya penambahan pasal terhadap Pasal 18 sehingga menjadi Pasal 18A, dan Pasal 18B. Dalam Pasal 18 ayat (2), ayat (5), dan ayat (6), ditegaskan hal-hal sebagai berikut:

- (2) Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.
- (5) Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat.
- (6) Pemerintahan daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

Nomenklatur berhak menetapkan memiliki makna konstitusional bahwa pemerintahan daerah tidak secara murni membentuk Perda berdasarkan prinsip otonomi dan tugas pembantuan sesuai urusan pemerintahan yang merupakan

kewenangannya, tetapi penetapan atau berhak menetapkan ini merupakan hak pemerintahan daerah terhadap urusan pemerintahan yang telah ditentukan norma, standar, prosedur dan kriteria yang dipersyaratkan.

Pembentukan Perda oleh Pemda, dilakukan mulai dari tahap perencanaan sampai dengan pengesahan dan pemberlakuan Perda tersebut. Pemerintah selaku pemegang kekuasaan tertinggi melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan wewenang tersebut. Selain itu, Pemerintah dapat diminta untuk memberikan pertimbangan terhadap pembentukan Perda yang mengatur hal-hal tertentu, seperti Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah, Pajak Daerah, Retribusi Daerah dan Tata Ruang Daerah.

Terhadap pertimbangan tersebut, suatu Perda yang mengatur hal-hal di atas hanya dapat disahkan apabila sudah mendapat pertimbangan dari Pemerintah. Sedangkan terhadap Perda yang mengatur hal-hal di luar yang disebutkan di atas, tidak harus dilakukan konsultasi dengan Pemerintah selama Perda tersebut masih dibahas di daerah. Perda yang sudah disetujui bersama Kepala Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, dikirim ke Kemendagri untuk dievaluasi selanjutnya mendapat pengesahan dari Presiden.

Sebagai dasar dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, maka Perda merupakan suatu tuntutan dari adanya hubungan antara pusat dan daerah dalam bentuk negara kesatuan berdasarkan prinsip otonomi. Penyelenggaraan pemerintahan di daerah dengan menjabarkan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan menghendaki adanya Perda yang sesuai dengan potensi dan keragaman daerah. Penyelenggaraan pemerintahan daerah di

satu sisi memungkinkan pemerintah daerah dapat menetapkan Perda dalam batas kewenangannya, di bawah supervisi dan pengawasan ketat dari penyelenggara pemerintahan di pusat.

Pelaksanaan pengawasan oleh penyelenggara pemerintahan di pusat tidak dapat dilakukan semauanya, materi pengawasan terhadap peraturan daerah harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, bahwa peraturan daerah dimaksud tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum, sedangkan tata cara pengawasan dilakukan oleh penyelenggara pemerintahan di pusat yang merupakan kewajiban pemerintahan daerah untuk memberikan peraturan daerah dimaksud setelah disahkan sesuai dengan prosedural tertentu.

Newman berpendapat bahwa “*control is assurance that the performance conform to plan*”. Ini berarti bahwa titik berat pengawasan adalah suatu usaha untuk menjamin agar pelaksanaan suatu tugas dapat sesuai dengan rencana. Dengan demikian menurut Newman, pengawasan adalah suatu tindakan yang dilakukan selama proses suatu kegiatan sedang berjalan, bahkan setelah akhir proses kegiatan tersebut. Berbeda dengan Newman, Muchsan¹³⁴ mengemukakan bahwa pengawasan adalah kegiatan untuk menilai suatu pelaksanaan tugas secara *defacto*, sedangkan tujuan pengawasan hanya terbatas pada pencocokan apakah kegiatan yang dilaksanakan telah sesuai dengan tolok

¹³⁴ Muchsan, 1992. *Sistem Pengawasan terhadap Pembuatan Aparat dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*. (Yogyakarta:Liberty, 1992), Hlm

ukur yang telah ditetapkan sebelumnya. Sedangkan Manan¹³⁵ memandang “kontrol” sebagai sebuah fungsi sekaligus hak, sehingga lazim disebut dengan fungsi kontrol atau hak kontrol. Kontrol mengandung dimensi pengawasan dan pengendalian. Pengawasan bertalian dengan arahan (*directive*). Pengawasan, menurut Lotulung¹³⁶, adalah upaya untuk menghindari terjadinya kekeliruan-kekeliruan, baik sengaja maupun tidak disengaja, sebagai usaha preventif, atau juga untuk memperbaikinya apabila sudah terjadi kekeliruan itu, sebagai usaha represif.

Menurut penulis, makna dasar dari pengawasan adalah (i) pengawasan ditujukan sebagai upaya pengelolaan untuk mencapai hasil dari tujuan; (ii) adanya tolok ukur yang dipakai sebagai acuan keberhasilan; (iii) adanya kegiatan untuk mencocokkan hasil yang dicapai dengan tolok ukur yang ditetapkan; (iv) mencegah terjadinya kekeliruan dan menunjukkan cara dan tujuan yang benar; serta (v) adanya tindakan koreksi apabila hasil yang dicapai tidak sesuai dengan tolok ukur yang ditetapkan.

Berdasarkan uraian di atas, dalam konteks penyelenggaraan kekuasaan Kehakiman, pengawasan dapat diartikan secara luas sebagai salah satu aktivitas fungsi manajemen untuk menemukan, menilai dan mengoreksi penyimpangan yang mungkin terjadi atau yang sudah terjadi berdasarkan standart yang sudah disepakati dalam hal ini peraturan perundang-undangan yang berlaku.

¹³⁵ Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*. (Yogyakarta: Pusat Studi Fakultas Hukum UII, 2001), Hlm. 73

¹³⁶ Lotulung, Paulus Effendi, 1993. *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

Pengawasan akan memberikan nilai tambah bagi peningkatan kinerja para hakim dalam mewujudkan rasa keadilan. Kegiatan pengawasan ditujukan semata-mata hanya untuk menciptakan kekuasaan kehakiman yang merdeka, efektif dan berorientasi pada pencapaian visi dan misi organisasi. Dengan adanya pengawasan diharapkan mampu untuk (1) menghentikan atau meniadakan kesalahan, penyimpangan, penyelewengan, pemborosan, hambatan dan ketidakadilan, (2) mencegah terulangnya kembali kesalahan, penyimpangan, penyelewengan, pemborosan, hambatan dan ketidakadilan, (3) mendapatkan cara-cara yang lebih baik untuk mencapai tujuan dalam melaksanakan tugas pokok dan fungsinya secara efektif.

Ketentuan tentang pengawasan Pemerintah terhadap Perda terdapat dalam Pasal 250, 251 dan 252 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 yang juga mengatur tentang konsekuensi hukum dari pelaksanaan pengawasan Pemerintah.

Pasal 250

- (1) *Perda dan Perkada sebagaimana dimaksud dalam Pasal 249 ayat (1) dan ayat (3) dilarang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan.*
- (2) *Bertentangan dengan kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi:*
- a. *terganggunya kerukunan antarwarga masyarakat;*
 - b. *terganggunya akses terhadap pelayanan publik;*
 - c. *terganggunya ketenteraman dan ketertiban umum;*
 - d. *terganggunya kegiatan ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat; dan/atau*
 - e. *diskriminasi terhadap suku, agama dan kepercayaan, ras, antar-golongan, dan gender.*

Pasal 251

- (1) *Perda Provinsi dan peraturan gubernur yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh Menteri.*
- (2) *Perda Kabupaten/Kota dan peraturan bupati/wali kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan dibatalkan oleh gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat.*
- (3) *Dalam hal gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat tidak membatalkan Perda Kabupaten/Kota dan/atau peraturan bupati/wali kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Menteri membatalkan Perda Kabupaten/Kota dan/atau peraturan bupati/wali kota.*
- (4) *Pembatalan Perda Provinsi dan peraturan gubernur sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dengan keputusan Menteri dan pembatalan Perda Kabupaten/Kota dan peraturan bupati/wali kota sebagaimana dimaksud pada ayat (2) ditetapkan dengan keputusan gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat.*
- (5) *Paling lama 7 (tujuh) Hari setelah keputusan pembatalan sebagaimana dimaksud pada ayat (4), kepala daerah harus menghentikan pelaksanaan Perda dan selanjutnya DPRD bersama kepala daerah mencabut Perda dimaksud.*
- (6) *Paling lama 7 (tujuh) Hari setelah keputusan pembatalan sebagaimana dimaksud pada ayat (4), kepala daerah harus menghentikan pelaksanaan Perkada dan selanjutnya kepala daerah mencabut Perkada dimaksud.*
- (7) *Dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah provinsi tidak dapat menerima keputusan pembatalan Perda Provinsi dan gubernur tidak dapat menerima keputusan pembatalan peraturan gubernur sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan, gubernur dapat mengajukan keberatan kepada Presiden paling lambat 14 (empat belas) Hari sejak keputusan pembatalan Perda atau peraturan gubernur diterima.*

- (8) *Dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah kabupaten/kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan Perda Kabupaten/Kota dan bupati/wali kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan peraturan bupati/wali kota sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan, bupati/wali kota dapat mengajukan keberatan kepada Menteri paling lambat 14 (empat belas) Hari sejak keputusan pembatalan Perda Kabupaten/Kota atau peraturan bupati/wali kota diterima.*

Pasal 252

- (1) *Penyelenggara Pemerintahan Daerah provinsi atau kabupaten/kota yang masih memberlakukan Perda yang dibatalkan oleh Menteri atau oleh gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 251 ayat (4), dikenai sanksi.*
- (2) *Sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berupa:*
- a. *sanksi administratif; dan/atau*
 - b. *sanksi penundaan evaluasi rancangan Perda;*
- (3) *Sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf a dikenai kepada kepala Daerah dan anggota DPRD berupa tidak dibayarkan hak-hak keuangan yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan selama 3 (tiga) bulan.*
- (4) *Sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak diterapkan pada saat penyelenggara Pemerintahan Daerah masih mengajukan keberatan kepada Presiden untuk Perda Provinsi dan kepada Menteri untuk Perda Kabupaten/Kota.*
- (5) *Dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah provinsi atau kabupaten/kota masih memberlakukan Perda mengenai pajak daerah dan/atau retribusi daerah yang dibatalkan oleh Menteri atau dibatalkan oleh gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat, dikenai sanksi penundaan atau pemotongan DAU dan/atau DBH bagi Daerah bersangkutan*

Ketentuan di atas telah disebutkan bahwa yang berhak mengawasi Perda adalah Pemerintah, karenanya semua pengawasan terhadap Perda baik di daerah provinsi, kabupaten dan kota dilakukan oleh Pemerintah. Representasi pemerintah dalam hal ini diwujudkan dengan kapasitas menteri untuk perda provinsi dan Gubernur untuk perda Kabupaten / Kota. Dengan demikian, akibat hukum dari pengawasan Pemerintah terhadap Perda adalah bahwa Pemerintah dapat membatalkan Perda yang dianggap bertentangan dengan kepentingan umum, atau peraturan yang lebih tinggi dan atau peraturan perundang-undangan lainnya (Pasal 251 ayat (1) dan (2)).

Berdasarkan ketentuan Pasal 251 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 di atas, terlihat bahwa akibat hukum dari pengawasan pemerintah terhadap Perda adalah berupa pembatalan Perda. Dalam Undang-Undang dimaksud, daerah dapat mengajukan keberatan atas pembatalan itu kepada Presiden untuk perda provinsi dan Menteri untuk perda kabupaten/kota.

Menurut hasil penelitian dari Komite Pemantauan Pelaksanaan Otonomi Daerah (KPPOD) tentang analisis produk hukum daerah yang dibuat oleh daerah dengan melakukan identifikasi kebermasalahan yang terdapat dalam Perda yang kemudian dijadikan acuan untuk melihat apakah sebuah Perda masuk dalam kategori tidak bermasalah atau bermasalah,¹³⁷ bahwa ada 3 (tiga) kriteria kebermasalahan yang dijadikan acuan dalam menganalisis suatu Perda, kriteria kebermasalahan tersebut meliputi :¹³⁸

¹³⁷KPPOD-PEG USAID, Laporan Program Review Perda, Kajian Perda, Jakarta, Agustus 2002, hlm. 3.

¹³⁸ Ibid.

1. Kriteria Kebermasalahan Yuridis
 - a. Relevansi acuan yuridis (Apakah acuan yuridis yang digunakan relevan dengan substansi Perda).
 - b. *Up to date* acuan yuridis (Apakah acuan yuridis yang digunakan masih berlaku).
 - c. Kelengkapan yuridis formal (Apakah telah melengkapi kelengkapan yuridis formal).
2. Kriteria kebermasalahan Substansi
 - a. Diskoneksi antara tujuan dan isi Perda
 - b. Kejelasan Obyek Perda
 - c. Kejelasan Subyek Perda
 - d. Tidak diatur atau tidak ada kejelasan hak dan kewajiban
 - e. Kejelasan prosedur dan birokrasi (misalnya : standar dan atau batasan waktu pelayanan serta tarif).
 - f. Kesesuaian filosofi dan prinsip pungutan telah sesuai (Pajak, Retribusi, Golongan Retribusi).
3. Kriteria kebermasalahan prinsip
 - a. Berpotensi bertentangan dengan prinsip keutuhan wilayah ekonomi nasional (berpotensi menyebabkan hambatan lalu lintas distribusi barang atau jasa baik yang bersifat tarif maupun non tarif sehingga bertentangan dengan prinsip free internal trade).

- b. Berpotensi menyebabkan munculnya persaingan yang tidak sehat (monopoli, oligopoli, kemitraan wajib, dll).
- c. Berdampak negatif terhadap perekonomian (menyebabkan ekonomi biaya tinggi, double taxation, beban berat pada masyarakat atau dunia usaha).
- d. Berpotensi menghalangi atau mengurangi akses masyarakat (bertentangan dengan prinsip keadilan dan pelanggaran terhadap kepentingan umum).
- e. Merupakan suatu bentuk pelanggaran kewenangan pemerintahan.

Kemudian, tidak tertibnya evaluasi Perda oleh Pemerintah Pusat bermula dari tidak lengkap dan segeranya Perda disampaikan oleh Pemerintah Daerah kepada Pemerintah Pusat setelah Perda disahkan di daerah. Tidak tertibnya pendokumentasian Perda ini terjadi karena 3 (tiga), yaitu :¹³⁹

- a. Ketidaktahuan Pemerintah Daerah bahwa ada kewajiban mereka untuk menyerahkan Perda kepada Pemerintah Pusat.
- b. Keengganan Pemerintah Daerah menyerahkan Perda kepada Pemerintah Pusat karena tidak adanya sanksi bagi daerah yang tidak menyerahkannya.
- c. Untuk menghindari sanksi berupa pembatalan Perda oleh Pemerintah Pusat karena bila Perda tersebut dinilai bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi oleh Pemerintah Pusat maka Perda tersebut akan dibatalkan.

¹³⁹Departemen Hukum dan HAM RI Direktorat Jenderal Perundang-Undangan Bekerjasama UNDP, Panduan Praktis Op.Cit., hlm. iv-10.

Sementara tiga penyebab tidak lengkapnya pendokumentasian Perda yang disebutkan di atas cenderung menyalahkan Pemerintah Daerah, padahal pada Pemerintah Pusat sebenarnya ada beberapa hal yang perlu menjadi sorotan dalam melakukan pendokumentasian dan evaluasi Perda, diantaranya :¹⁴⁰

- a) tidak adanya mekanisme yang sederhana dalam pengumpulan Perda, misalnya penyampaian Perda, status evaluasi Perda dan database Perda secara elektronik yang dapat diakses oleh banyak pihak;
- b) efisiensi waktu dalam melakukan evaluasi Perda, sehingga Perda yang telah disampaikan kepada Pemerintah Pusat dapat segera diketahui hasil evaluasinya oleh Pemerintah Daerah. Keterlambatan penyampaian hasil evaluasi Perda ini menunjukkan bahwa kompetensi Pemerintah Pusat dalam melakukan evaluasi Perda perlu masih lemah.

Standar pengujian Perda oleh pemerintah berbeda dengan standar pengujian Perda yang dilakukan oleh Mahkamah Agung. Bila Mahkamah Agung menguji suatu Perda atas dasar apakah satu Perda bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi dan apakah prosedur pembuatan Perda bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, Pemerintah melakukan pengujian Perda dilakukan dengan standar yang lebih luas.¹⁴¹ Dikatakan lebih luas

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Standar pengujian Perda oleh pemerintah dikatakan lebih luas karena memasukkan aspek kepentingan umum sebagai salah satu standar pengujian. Hal ini menunjukkan bahwa kewenangan pemerintah menguji Perda tidak hanya sebagai rangka menyelesaikan sengketa antara Perda yang lebih tinggi, tetapi juga menguji apakah suatu Perda menimbulkan masalah dimasyarakat karena bertentangan dengan kepentingan umum.

karena pemerintah menguji Perda tidak hanya didasarkan pada aturan hukum yang lebih tinggi dari Perda, tetapi juga didasarkan pada standar kepentingan umum.¹⁴²

Kepentingan umum adalah aspek yang bersifat sosiologis dari pada legalis. Sehingga pengujian terhadap kepentingan umum tergantung pada aspek keberlakuan berbagai macam jenis hukum dan norma sosial yang ada dalam masyarakat. Dalam Pasal 250 ayat (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah disebutkan bahwa, “Yang dimaksud dengan ‘bertentangan dengan kepentingan umum’ meliputi :

- a. *terganggunya kerukunan antarwarga masyarakat;*
- b. *terganggunya akses terhadap pelayanan publik;*
- c. *terganggunya ketenteraman dan ketertiban umum;*
- d. *terganggunya kegiatan ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat; dan/atau*
- e. *diskriminasi terhadap suku, agama dan kepercayaan, ras, antar-golongan, dan gender.*

Namun hal itu adalah bahasa peraturan yang belum tentu sesuai dengan kondisi masyarakat. Bertentangan dengan kepentingan umum menjadi standar yang longgar yang ditafsirkan berdasarkan kekuasaan penafsir. Maka tidak jarang tafsir kepentingan umum lebih mewakili tafsir penguasa. Orientasi kekuasaanlah terkadang yang mewakili kepentingan umum. Hal ini dapat dilihat dimana ketika tidak terjadi gejolak atau penolakan terhadap berlakunya suatu Perda di masyarakat juga dapat dibatalkan oleh pemerintah atas dasar bertentangan dengan kepentingan umum. Begitu pula sebaliknya, apabila suatu

¹⁴² Pasal 252 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Daerah

Perda dianggap menimbulkan masalah oleh masyarakat dapat saja tidak dibatalkan oleh pemerintah bila Perda tersebut sesuai dengan tafsir kekuasaan pemerintah. Sehingga tertib peraturan perundang-undangan yang diupayakan lewat pengujian Perda belum tentu berkontribusi kepada tertib sosial.

Satu lagi hal yang paling janggal dalam pengujian Perda oleh pemerintah adalah soal bentuk hukum pembatalan Perda. Bentuk hukum pembatalan Perda sebagaimana disebutkan dalam Pasal 251 ayat (4) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah adalah Keputusan Menteri untuk perda provinsi dan Keputusan Gubernur untuk perda Kabupaten/Kota. Dengan demikian, pembatalan Perda melalui Keputusan Menteri/Keputusan Gubernur merupakan sebuah kekeliruan hukum. Kekeliruan itu terjadi karena instrumen hukum untuk membatalkan Perda harus dalam bentuk Peraturan Menteri bukan Keputusan Menteri. Lagi pula sangat janggal karena Perda yang masuk dalam rumpun *regeling* dibatalkan oleh keputusan yang masuk dalam rumpun *beschikking*. Setidaknya, Keputusan Menteri Dalam Negeri yang membatalkan Perda tersebut belum final sebagai keputusan pembatalan Perda oleh pemerintah, karena keputusan tersebut harus dikukuhkan atau dikemas ulang dalam bentuk Peraturan Menteri untuk perda provinsi dan Peraturan Gubernur untuk perda Kabupaten / Kota, baru kemudian ditindaklanjuti dengan pembatalan atau perubahan Perda oleh Pemerintah Daerah.

Mengapa pembatalan Perda tidak cukup dengan menggunakan Keputusan Menteri, bukankah Menteri Dalam Negeri bagian dari pemerintah, sehingga lebih efektif jika pembatalan itu dilakukan oleh Menteri Dalam Negeri?. Pendapat

seperti ini pada dasarnya masih dipengaruhi oleh Undang-Undang Pemerintah Daerah yang lama (Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999), sebab dalam undang-undang tersebut memang tidak menyebutkan secara tegas tentang instrumen hukum pembatalan Perda. Di sana hanya disebutkan bahwa pemerintah dapat membatalkan Perda dan Keputusan Kepala Daerah yang bertentangan dengan kepentingan umum atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan/atau peraturan perundang-undangan lainnya.¹⁴³ Akan tetapi, syarat dan mekanisme pembatalan Perda dewasa ini harus mengacu pada Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014, dimana ditegaskan bahwa pembatalan Perda harus menggunakan instrumen hukum Keputusan Menteri / keputusan Gubernur . Oleh karena itu, keberadaan Keputusan Menteri Dalam Negeri / Keputusan Gubernur yang membatalkan Perda merupakan penggunaan kewenangan yang tidak pada tempatnya (*ultra vires*). Seharusnya keputusan pembatalan Perda dilakukan oleh Presiden melalui Peraturan Presiden. Apabila pemerintah tidak mengeluarkan Peraturan Menteri / Gubernur untuk membatalkan Perda, maka Perda tersebut dinyatakan tetap berlaku. Namun meskipun secara peraturan perundang-undangan pembatalan Perda dalam bentuk Keputusan Menteri Dalam Negeri / Keputusan Gubernur merupakan kekeliruan hukum, namun Pemerintah Daerah cenderung mematuhi Keputusan Menteri Dalam Negeri tersebut meskipun sebenarnya dapat melakukan upaya

¹⁴³ Pasal 114 ayat (1) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah menyatakan :
Daerah yang bertentangan lebih tinggi dan/atau dapat membatalkan Daerah dan Keputusan Kepala kepentingan umum atau perundang-undangan yang perundang-undangan lainnya.

hukum pengajuan keberatan kepada Presiden untuk pembatalan perda Provinsi dan Menteri untuk pembatalan perda kabupaten/kota.¹⁴⁴

3.3.3. Pertimbangan Teoritis Pengaturan Pembatalan Paeraturan Daerah Di Era Otonomi Daerah

Materi muatan peraturan daerah adalah seluruh materi muatan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan (*medebewind*), menampung kondisi khusus daerah serta penjabaran lebih lanjut Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi¹⁴⁵. Peraturan daerah dibentuk dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah propinsi, kabupaten/kota dan tugas pembantuan. Peraturan daerah merupakan penjabaran lebih lanjut dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan ciri khas masing-masing daerah. Peraturan daerah tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.¹⁴⁶ Di samping itu, peraturan daerah juga dapat memuat ketentuan tentang pembebanan biaya paksaan penegakan hukum seluruhnya atau sebagian kepada pelanggar, dan dapat memuat ancaman pidana berupa pidana kurungan. Berdasarkan ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang No. 23 Tahun 2014 Pasal 236 ayat (3) jo. Pasal 14 Undang-Undang No.12 Tahun 2011 maka dapat dikemukakan bahwa materi muatan peraturan daerah meliputi :

¹⁴⁴ Pasal 145 ayat (4) UU Pemda menyebutkan “Apabila provinsi/kabupaten/kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan Perda ... alasan yang dapat dibenarkan oleh perundang-undangan, kepala daerah dapat mengajukan keberatan kepada Mahkamah Agung.”

¹⁴⁵ Pasal 14 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Perundang-Undangan

¹⁴⁶ Pasal 250 ayat 1 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah

- a. Peraturan daerah yang mengatur tentang penyelenggaraan otonomi daerah dengan memperhatikan kondisi khusus atau ciri khas daerah masing-masing.
- b. Peraturan daerah tentang pelaksanaan atau penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- c. Peraturan daerah tentang pelaksanaan tugas pembantuan.

Otonomi Daerah yang memberikan kewenangan untuk mengatur urusan rumah tangga sendiri melahirkan gambaran bahwa materi muatan ataupun jenis Peraturan Daerah yang dibuat oleh masing-masing Pemerintah Daerah berbeda antara satu daerah dengan lainnya. Walaupun demikian, terhadap materi muatan Peraturan Daerah adalah seluruh materi muatan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan, dan menampung kondisi khusus daerah serta penjabaran lebih lanjut Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi.

Dengan demikian, materi muatan Peraturan Daerah Provinsi adalah hal-hal lebih lanjut yang perlu diatur dengan Peraturan Daerah sesuai perintah Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 9 dan 11, yang pada dasarnya menegaskan bahwa urusan Pemerintahan terdiri atas urusan pemerintahan absolut, urusan pemerintahan konkuren, dan urusan pemerintahan umum. Urusan pemerintahan absolut adalah urusan Pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan Pemerintah Pusat, sedangkan urusan pemerintahan konkuren adalah Urusan Pemerintahan yang dibagi antara Pemerintah Pusat dan Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota. Urusan pemerintahan konkuren yang diserahkan ke Daerah menjadi dasar pelaksanaan

Otonomi Daerah. Urusan pemerintahan konkuren yang menjadi kewenangan Daerah terdiri atas Urusan Pemerintahan Wajib dan Urusan Pemerintahan Pilihan. Urusan Pemerintahan Wajib terdiri atas Urusan Pemerintahan yang berkaitan dengan Pelayanan Dasar dan Urusan Pemerintahan yang tidak berkaitan dengan Pelayanan Dasar. Selengkapnya sebagaimana terdapat pada Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 12 :

- (1) *Urusan Pemerintahan Wajib yang berkaitan dengan Pelayanan Dasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) meliputi:*
 - a. *pendidikan;*
 - b. *kesehatan;*
 - c. *pekerjaan umum dan penataan ruang;*
 - d. *perumahan rakyat dan kawasan permukiman;*
 - e. *ketenteraman, ketertiban umum, dan perlindungan masyarakat; dan*
 - f. *sosial.*
- (2) *Urusan Pemerintahan Wajib yang tidak berkaitan dengan Pelayanan Dasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) meliputi:*
 - a. *tenaga kerja;*
 - b. *pemberdayaan perempuan dan perlindungan anak;*
 - c. *pangan;*
 - d. *pertanahan;*
 - e. *lingkungan hidup;*
 - f. *administrasi kependudukan dan pencatatan sipil;*
 - g. *pemberdayaan masyarakat dan Desa;*
 - h. *pengendalian penduduk dan keluarga berencana;*
 - i. *perhubungan;*
 - j. *komunikasi dan informatika;*
 - k. *koperasi, usaha kecil, dan menenga*
 - l. *penanaman modal;*
 - m. *kepemudaan dan olah raga;*
 - n. *statistik;*
 - o. *persandian;*

- p. *kebudayaan;*
 - q. *perpustakaan; dan r. kearsipan.*
- (3) *Urusan Pemerintahan Pilihan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (1) meliputi:*
- a. *kelautan dan perikanan;*
 - b. *pariwisata;*
 - c. *pertanian;*
 - d. *kehutanan;*
 - e. *energi dan sumber daya mineral;*
 - f. *perdagangan;*
 - g. *perindustrian; dan*
 - h. *transmigrasi.*

Secara teoretis, materi muatan menurut A. Hamid S. Attamimi¹⁴⁷ adalah muatan yang sesuai dengan bentuk peraturan perundang-undangan tertentu. Otonomi daerah mengatur beberapa prinsip mengenai materi muatan Peraturan Daerah, di antaranya adalah Peraturan Daerah dibentuk dalam rangka penyelenggaraan otonomi, tugas pembantuan dan penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Peraturan Daerah yang mengatur urusan rumah tangga daerah yang bersumber dari otonomi lebih luas atau penuh dibandingkan dengan yang bersumber dari tugas pembantuan.

Di bidang otonomi, Peraturan Daerah dapat mengatur segala urusan pemerintahan yang menjadi wewenang daerah, baik yang bersifat substansial maupun mengenai cara-cara menyelenggarakan urusan pemerintahan tersebut. Tidak demikian di bidang tugas pembantuan, Peraturan Daerah tidak mengatur substansi urusan pemerintahan, tetapi terbatas pada pengaturan cara-cara menyelenggarakan urusan, tetapi daerah memiliki kebebasan sepenuhnya

147

untuk mengatur cara-cara melaksanakan tugas pembantuan yang diwujudkan pengaturannya ke dalam bentuk Peraturan Daerah. Secara substansial Peraturan Daerah mengatur urusan pemerintahan yang sangat luas, sejalan dengan kehendak undang-undang yang memberikan otonomi yang seluas-luasnya kepada daerah kabupaten dan daerah kota. Substansi Peraturan Daerah Kabupaten dan Kota jauh lebih luas, tetapi tidak demikian halnya pada Peraturan Daerah Provinsi, meskipun sama-sama merupakan daerah otonom. Namun, kewenangan Provinsi sebagai daerah otonom lebih terbatas dibandingkan dengan kewenangan kabupaten dan kota yang juga sebagai daerah otonom. Kewenangan masing-masing daerah pada bentuk hukum seperti Peraturan Daerah, perlu dipahami dengan baik dan hati-hati, sebab berpotensi menimbulkan konflik kewenangan, khususnya antara provinsi dengan kabupaten dan kota.

Bagi Provinsi, lingkup kewenangan jelas, yaitu hanya terbatas pada ketiga hal di atas, sementara daerah kabupaten dan kota pun di dalam menerjemahkan kewenangan yang luas tersebut ke dalam Peraturan Daerah. Banyak di antara urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah kabupaten dan kota tidak hanya berdimensi lokal, tetapi juga nasional, seperti pendidikan, kesehatan dan lingkungan hidup. Bahkan, ada yang berdimensi internasional, tidak hanya nasional, apalagi lokal seperti perhubungan. Ada unsur-unsur dari urusan tersebut yang harus diatur, bahkan diselenggarakan secara nasional, tidak secara lokal.

Terdapat beberapa perbedaan sifat substansi Peraturan Daerah berdasarkan otonomi dan berdasarkan tugas pembantuan. Berdasarkan otonomi, sudah jelas sebagaimana yang telah dikemukakan di atas. Berdasarkan tugas pembantuan, substansi Peraturan Daerah mencakup pengaturan tentang tata cara penyelenggaraan rumah tangga daerah yang tidak bersumber pada undang-undang, tetapi semata-mata berdasarkan kebijakan (*beleid*) dari satuan pemerintahan yang di bantu. Materi yang diatur di dalamnya bersifat tertentu (*limitative*) sesuai dengan tugas-tugas yang diberikan satuan pemerintahan yang di bantu. Makin terbatas urusan pemerintahan Pusat, makin sedikit cakupan tugas pembantuan.

Berdasarkan wewenang Pusat yang diatur dalam undang-undang, maka tugas pembantuan mungkin akan mengenai bagian tertentu dari penyelenggaraan pertahanan dan keamanan, bagian tertentu dari urusan moneter dan fiskal serta urusan keagamaan. Dibidang politik luar negeri, tidak akan ada tugas pembantuan. Bahkan, sebaliknya pusat akan mengawasi wewenang daerah untuk mengadakan hubungan luar negeri. Peraturan Daerah yang substansinya merupakan penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-Undangan yang lebih tinggi, dalam ketentuan perundang-undangan tidak begitu jelas. Namun, penjabaran lebih lanjut peraturan atau kebijakan yang lebih tinggi oleh satuan pemerintahan yang lebih rendah dapat dilakukan dalam rangka tugas pembantuan dan dekonsentrasi. Kabupaten dan kota tidak mempunyai hubungan dekonsentrasi dengan satuan pemerintahan yang lebih tinggi, oleh karena itu, Peraturan Daerah sebagai penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-

undangan yang lebih tinggi hanya mungkin dalam tugas pembantuan. Provinsi mempunyai hubungan dekonsentrasi dengan satuan pemerintah lebih tinggi (Pusat). Akan tetapi, hubungan ini bukan dengan Pemerintah Daerah Provinsi, melainkan dengan gubernur sebagai Wakil Pemerintah Pusat. Olehnya itu, tidak mungkin dibentuk Peraturan Daerah untuk melaksanakan tugas dekonsentrasi.

Peraturan Daerah tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum, peraturan lain, dan peraturan perundang-undangan yang lain. Ketentuan ini dapat dipandang sebagai kerangka pembatas atau koridor dalam pembentukan Peraturan Daerah. Kerangka pembatas ini penting artinya untuk menunjukkan, bahwa meskipun daerah mempunyai hak atau wewenang mengatur urusan rumah tangganya sendiri yang dituangkan kedalam bentuk keputusan hukum berupa Peraturan Daerah. Namun, kewenangan itu tidak dalam artian sebagai satuan pemerintahan yang merdeka dan berdaulat, tetapi tetap dalam bingkai negara kesatuan dan sistem peraturan perundang-undangan secara nasional.

Dalam kenyataan, walaupun telah ada bingkai yang jelas tentang materi muatan Peraturan Daerah, akan tetapi masing-masing daerah dapat menyusun Peraturan Daerah yang materi muatannya selain dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan, juga menampung kondisi khusus daerah tertentu atau ciri khas masing-masing daerah. Hal ini menunjukkan bahwa wajarlah jika *local content* menjadi materi muatan sebuah Peraturan Daerah. Materi muatan lokal itu bisa saja diangkat dari adat istiadat masyarakat setempat dan nilai-nilai yang menonjol di daerah

tersebut. Banyak yang beranggapan bahwa Peraturan Daerah- Peraturan Daerah yang terkait dengan antimiras, perjudian, dan prostitusi yang dianggap tidak seharusnya diatur di dalam Peraturan Daerah, karena sudah diatur dalam KUHP. Namun harus diingat bahwa KUHP merupakan warisan peninggalan Belanda sehingga ada kemungkinan untuk beberapa hal tidak sesuai dengan nilai-nilai bangsa Indonesia. Apalagi telah kita sadari bahwa minuman keras (*khamr*) merupakan induk dari kejahatan.

Dalam doktrin-doktrin ilmu hukum keberlakuan hukum secara filosofis, sosiologis dan yuridis merupakan syarat mutlak untuk dapat membentuk peraturan yang baik namun dalam kenyataan yang terjadi saat ini, ternyata banyak peraturan daerah yang hanya mencerminkan satu keberlakuan saja antara lain hanya mencerminkan keberlakuan secara yuridis namun mengesampingkan keberlakuan secara sosiologis dan filosofis. Salah satu contoh peraturan daerah yang tidak memperhatikan keberlakuan secara sosiologis dan filosofis adalah Peraturan Daerah Propinsi Riau Nomor 24 tahun 2007 tentang Pengendalian Pemanfaatan dan Pembakaran Hutan. Peraturan daerah ini membuka peluang usaha di Propinsi Riau karena adanya keluasaan pemanfaatan hutan dan hal tersebut tentu saja dapat meningkatkan Pendapatan Asli Daerah Propinsi Riau namun di pihak lain, ternyata peraturan daerah tersebut mengabaikan kepentingan masyarakat. Peluang usaha yang dibuka dengan memberikan ruang bagi pembakaran hutan sangat merugikan aspek lingkungan tempat tinggal masyarakat setempat. Penggundulan hutan dapat menimbulkan longsor dan banjir yang tentu saja bukan

hanya merugikan masyarakat tapi juga akan menguras pendapatan daerah untuk pembangunan kembali jika bencana terjadi. Peraturan Daerah tersebut dapat dianggap sebagai Peraturan Daerah yang hanya melihat 1 (satu) langkah ke depan dan melupakan efek jangka panjang yang dapat ditimbulkannya serta tidak memperhatikan kearifan lokal masyarakat setempat (Antara, 4 September 2007). Peraturan daerah ini telah mencerminkan keberlakuan secara yuridis karena pembentukannya didasarkan pada norma yang lebih tinggi tingkatannya dan terbentuk menurut cara yang ditetapkan namun ternyata secara sosiologis dan filosofis peraturan daerah tersebut tidak memenuhi syarat untuk dikatakan sebagai peraturan daerah yang baik.

Dalam Jurnal Jentera (edisi 14 tahun IV Oktober-Desember 2006) disebutkan bahwa berdasarkan data statistik Peraturan Daerah Koleksi Komite Pemantauan Pelaksanaan Otonomi Daerah (KPPOD) ternyata untuk peraturan daerah yang terkait dengan investasi terdapat 15 (lima belas) jenis Peraturan Daerah untuk pajak daerah dan 33 (tiga puluh tiga) jenis Peraturan Daerah untuk retribusi. Banyaknya peraturan daerah yang terkait dengan investasi tersebut kemudian menimbulkan persoalan. Ketentuan dan persyaratan investasi yang melewati begitu banyak meja dan birokrasi menimbulkan keengganan bagi para investor untuk menanamkan investasinya di daerah. Padahal pembentukan peraturan daerah yang lebih ramah terhadap peluang investasi dapat membuka peluang yang lebih besar bagi daerah untuk meningkatkan pendapatan asli daerah melalui penanaman modal para investor. Dalam jurnal tersebut disebutkan pula bahwa ada persoalan pelaksanaan

peraturan daerah yang paling mendominasi adalah tidak jelasnya standar pelayanan pemerintah daerah dalam peraturan daerah dan adanya pelanggaran filosofi antara lain dalam Peraturan Daerah tentang retribusi di mana Peraturan Daerah tersebut diterapkan namun tidak memberikan manfaat langsung bagi para pembayar retribusi.

Di Sulawesi Selatan banyak ditemukan Peraturan Daerah yang merupakan peraturan yang bersifat untuk mengakomodasi potensi alam, sumber daya dan kultural. Salah satu contoh adalah Peraturan Daerah tentang Pengelolaan Sumber Daya Pesisir dan Laut yang didasari pertimbangan bahwa untuk mewujudkan efektifitas dan efisiensi pelaksanaan pengelolaan sumber daya pesisir dan laut yang dimiliki Provinsi Sulawesi Selatan berdasarkan kontur geografisnya. Kewenangan Kota/kabupaten untuk mengatur dan mengurus sendiri potensi kelautannya merupakan modal dasar bagi peningkatan kemampuan daerah dalam berotonomi dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat. Oleh karena itu, kewenangan Kota/kabupaten dalam pemanfaatan dan pengelolaan potensi sumber daya kelautan sebagaimana telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan baik dalam rangka otonomi daerah maupun dalam kaitannya dengan penyelenggaraan dekonsentrasi dan tugas pembantuan, maka kebijakan pemerintah daerah harus dilakukan secara simultan, terencana dan terpadu. Untuk mencapai dayaguna dan optimalisasi pemanfaatan dan pengelolaan potensi sumber daya pesisir dituntut adanya kebijakan daerah yang sejalan dengan kebijakan nasional, untuk hal khusus dan tertentu Pemerintah Kota/Kabupaten dapat mengambil kebijakan-kebijakan

yang sesuai dengan aspirasi dan kebutuhan daerah. Dalam konteks ini, maka kebijakan daerah dalam pemanfaatan dan pengelolaan potensi sumber daya pesisir dapat dilakukan berdasarkan kewenangan yang telah diberikan undang-undang dan dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Selain itu, Pemerintah Daerah Sulawesi Selatan juga memiliki Peraturan Daerah tentang Pelestarian Terumbu Karang.

Dalam bidang sosial politik, Pemerintah Daerah Sulawesi Selatan juga telah melaksanakan suatu Peraturan Daerah tentang Pelayanan Kesehatan dan Pendidikan Gratis. Contoh lain yang dapat dikemukakan adalah adanya Peraturan Daerah yang bersifat sektoral seperti Kpeariwisata di Tana Toraja yang memiliki potensi wisata budaya yang tinggi. Dalam bidang keagamaan, ditemukan banyak sekali daerah yang membuat Peraturan Daerah - Peraturan Daerah berbasis agama, seperti Peraturan Daerah Syariah di Bulukumba, Desa Syariah di Kabupaten Maros dan Peraturan Daerah tentang memakai busana muslim/muslimah dan membaca Al-Qur'an. Pembuatan Peraturan Daerah berbasis syariah telah menjadi polemik dalam sistem ketatanegaraan Indonesia dan menjadi perdebatan. Ada Peraturan Daerah yang dibentuk oleh suatu daerah ternyata diikuti dan dicontoh oleh daerah lain namun dalam kenyataannya Peraturan Daerah tersebut tidak cocok dengan kondisi daerahnya. Sebagai contoh, lahirnya Peraturan Daerah Kabupaten Bulukumba No. 6 tahun 2003 tentang Pandai Baca Al-Quran Bagi Siswa dan Calon Pengantin Dalam Kabupaten Bulukumba. Peraturan Daerah ini mensyaratkan wajib bisa mengaji bagi calon pengantin. Akibatnya beberapa

perkawinan sempat tertunda karena calon pengantin tak dapat memenuhi syarat itu, sedang pihak keluarga sudah melakukan sosialisasi perkawinan anaknya. Dalam kebudayaan Bugis Makassar, pembatalan suatu perkawinan merupakan *siri'* (malu). Jadi Peraturan Daerah ini berpotensi memicu konflik sosial. Penerapan Peraturan Daerah seperti ini juga dilakukan di Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam (NAD) namun tidak menimbulkan konflik sosial karena masyarakat di NAD memang telah menerima syariah Islam sejak dahulu dan kondisi masyarakat NAD yang homogen tentu saja lebih mendukung pelaksanaan Peraturan Daerah syariah Islam. Selain itu penerapan syariah Islam di Aceh terkait erat dengan *political expediency* Pemerintah Pusat guna mempertahankan NAD (Nanggroe Aceh Darussalam) dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).

Jadi, suatu Peraturan Daerah yang diberlakukan di suatu daerah belum tentu sesuai untuk dibentuk di daerah lain karena kondisi tiap daerah terutama kultur dan kearifan lokalnya tidak sama. Selain itu, keinginan membentuk peraturan daerah dalam waktu yang cepat kadang membuat para pembentuk peraturan daerah hanya melakukan *copy paste* baik dari peraturan daerah dari daerah lain maupun dari aturan yang lebih tinggi. Sebagai contoh Peraturan Daerah Propinsi Sulawesi Utara No. 2 tahun 2002 tentang Retribusi Pengawasan Mutu dan Pengembangan Produksi Cengkeh dan Pala ternyata dari segi bentuk dan isi hanya *copy paste* dari Undang-undang No. 18 Tahun 1997 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah sehingga materi dari Peraturan Daerah ini tidak sejalan dengan kondisi masyarakat setempat.

Namun hal negatif yang ditemukan dalam berbagai penelitian yang mengkaji peranan Peraturan Daerah dalam pelaksanaan Otonomi Daerah adalah bahwa seringkali penyusunan Peraturan Daerah tidak berdasarkan pada aspek kebutuhan publik, tetapi lebih merupakan pengejawantahan pada aspek kepentingan Pemerintah Daerah. Kepentingan yang utama dan yang umum ditemukan adalah kepentingan Pemerintah Daerah terhadap peningkatan Pendapatan Asli Daerah (PAD). Oleh karena orientasi pembentukan Peraturan Daerah lebih dititikberatkan pada PAD maka seringkali jenis dan objek pengaturan dalam Peraturan Daerah bukan merupakan hasil elaborasi atau penelitian terhadap kepentingan masyarakat. Sehingga wajar ditemukan dalam kenyataan jika masyarakat seringkali tidak dilibatkan dalam pembentukan suatu Peraturan Daerah atau tidak bersifat partisipatif. Padahal keterlibatan *stakeholder* dalam penyusunan suatu peraturan perundang-undangan merupakan tuntutan dan syarat *legal drafting* dalam bingkai demokrasi dan negara hukum yang telah menjadi fondasi bangsa ini.

Pandangan sosiologi hukum dan psikologi hukum, menganjurkan agar tahapan penyebarluasan (sosialisasi) Peraturan Daerah harus dilakukan. Hal ini diperlukan agar terjadi komunikasi hukum antara Peraturan Daerah dengan masyarakat yang harus patuh. Pola ini diperlukan agar terjadi internalisasi nilai atau norma yang diatur dalam Peraturan Daerah sehingga ada tahap pemahaman dan kesadaran untuk mematuhi. Bahkan dalam penelitian ditemukan pula bahwa seringkali sosialisasi suatu proses penyusunan Peraturan Daerah tidak dilaksanakan secara baik dan berdasarkan penelitian

Hamzah (2008: 320) di Tana Toraja, Sulawesi Selatan, ditemukan adanya pemahaman dari aparat pemerintah daerah bahwa sosialisasi rancangan suatu Peraturan Daerah tidak menjadi sesuatu yang wajib karena tidak memiliki landasan peraturan. Dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan di alam demokrasi, keterlibatan dan keikutsertaan masyarakat tidak dapat dihindari. Keikutsertaan masyarakat dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan bahkan menjadi salah satu prasyarat. Memperhatikan proses dan produk legislasi selama ini maka ke depan peran serta masyarakat menjadi suatu keharusan. Secara teoretik, idealnya suatu proses penyusunan Peraturan Daerah melakukan pelibatan publik secara luas yang bertujuan antara lain :

1. Agar pemerintah daerah segera mengetahui dan memperbaiki kekeliruan yang terjadi dalam pembuatan kebijakan dan pelaksanaan pelayanan publik;
2. Memungkinkan pemerintah daerah dalam membuat kebijakan atau program pembangunan sejalan dengan keinginan dan kebutuhan masyarakat (*bottom up*) dan bukan berdasarkan selera penguasa (*topdown*);
3. Terbukanya jaringan (akses) sumber daya yang ada dalam masyarakat serta meningkatkan partisipasi masyarakat;
4. Dapat membantu pemerintah daerah mendeteksi dan mengelola konflik yang kemungkinan muncul dalam masyarakat dengan keberlakuan Peraturan Daerah tersebut.

Ada beberapa faktor yang mendorong keterlibatan dan peran serta masyarakat, diantaranya adalah nilai filosofis demokrasi yang mengajarkan bahwa dalam pengambilan keputusan yang akan mengatur rakyat maka rakyat perlu didengar aspirasinya. Dukungan dan keberatan perlu didengar dan dijadikan pertimbangan dalam pengambilan keputusan. Oleh sebab itu dalam proses legislasi di Daerah aspirasi, tuntutan dan keberadaan seluruh komponen masyarakat sebagai *stakeholders* perlu menjadi perhatian. Selain itu terdapat keterbatasan pengambil keputusan, sebab itu masyarakat perlu diikutsertakan dalam proses legislasi, dengan memberikan kesempatan kepada mereka menyampaikan aspirasi, keinginan dan pendapatnya.

Peraturan perundang-undangan yang tidak memperhatikan aspirasi dan kepentingan masyarakat cenderung akan menimbulkan penolakan dalam pelaksanaannya. Oleh sebab itu agar produk legislasi tersebut mendapat dukungan masyarakat maka peran serta masyarakat dalam proses legislasi perlu ditingkatkan. Sebagai wujud pertanggung jawabannya kepada pemilih maka dalam pembentukan peraturan perundang-undangan peran serta masyarakat perlu ditingkatkan. Peraturan perundang-undangan sebagai suatu ketentuan hukum tidak hanya menjadi wadah yang mengatur dalam kehidupan berbangsa, bernegara dan bermasyarakat, namun juga sebagai sarana untuk membangun dan memperkokoh unsur *good governance*.

Berdasarkan teori perundang-undangan berkaitan dengan kedudukan peraturan daerah, Pasal 1 angka 7 dan 8 Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 menegaskan sebagai berikut :

- a. Peraturan Daerah propinsi dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah propinsi bersama dengan gubernur.
- b. Peraturan Daerah kabupaten/kota dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/kota bersama dengan bupati/ walikota
- c. Peraturan desa/peraturan yang setingkat, dibuat oleh Badan Perwakilan Desa atau nama lainnya bersama dengan kepala desa atau nama lainnya.

Kemudian dalam Pasal 14 ditegaskan, bahwa materi muatan peraturan daerah adalah seluruh materi muatan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan, dan menampung kondisi khusus daerah serta penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Pasal 80 UU No 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, ditegaskan Peraturan Daerah ditetapkan oleh kepala daerah setelah mendapat persetujuan bersama DPRD. Peraturan Daerah dibentuk dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah propinsi/ kabupaten, kota dan tugas pembantuan. Peraturan Daerah merupakan penjabaran lebih lanjut dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan ciri khas masing-masing daerah. Peraturan Daerah dilarang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang- undangan yang lebih tinggi. Materi muatan peraturan desa/yang setingkat adalah seluruh materi dalam rangka penyelenggaraan urusan desa atau yang setingkat serta penjabaran lebih lanjut peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Materi muatan mengenai ketentuan pidana hanya dapat dimuat dalam undang-undang dan peraturan daerah.

Undang-undang No. 23 Tahun 2014 memberikan ruang lingkup urusan pemerintahan yang sangat luas (kewenangan) kepada daerah untuk menuangkannya dalam peraturan daerah. Ketentuan tersebut mengharuskan para pejabat di lingkungan pemerintah daerah yang ditugaskan untuk merancang sebuah peraturan daerah untuk mengetahui dan mempelajari berbagai peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yang terkait dengan substansi rancangan peraturan daerah. Penelitian dan kajian yang mendalam terhadap substansi peraturan yang lebih tinggi sangat membantu DPRD dan gubernur/ bupati/ walikota dalam menetapkan peraturan daerah dengan kualitas yang baik dan sekaligus menghindari kemungkinan "pembatalan Peraturan Daerah" oleh Pemerintah dan menyebabkan DPRD dan kepala daerah menetapkan Peraturan Daerah tentang pencabutan Peraturan Daerah.

Dari segi pembuatannya, kedudukan Peraturan Daerah baik Peraturan Daerah propinsi maupun Peraturan Daerah kabupaten atau kota, dapat dilihat setara dengan undang-undang dalam arti semata-mata merupakan produk hukum lembaga legislatif. Namun demikian, dari segi isinya, kedudukan peraturan yang mengatur materi dalam ruang lingkup daerah berlaku yang lebih sempit dianggap mempunyai kedudukan lebih rendah dibandingkan peraturan dengan ruang lingkup wilayah berlaku yang lebih luas. Dengan demikian, undang-undang menjadi lebih tinggi kedudukannya daripada Peraturan Daerah propinsi, dan Peraturan Daerah kabupaten atau Peraturan Daerah kota dan sesuai prinsip hierarki peraturan perundang-undangan, peraturan yang lebih rendah itu tidak boleh bertentangan

dengan peraturan yang derajatnya lebih tinggi, maka Peraturan Daerah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya.

Menurut Bagir Manan, mengingat bahwa Peraturan Daerah (termasuk peraturan desa) dibuat oleh satuan pemerintahan yang mandiri (otonom), dengan lingkungan wewenang yang mandiri pula, maka dalam pengujiannya terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak boleh semata-mata berdasarkan "pertingkatan", melainkan juga pada "lingkungan wewenangnya". Suatu Peraturan Daerah yang bertentangan dengan suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi (kecuali UUD) belum tentu salah, kalau ternyata peraturan perundang-undangan tingkat yang lebih tinggi yang melanggar hak dan kewajiban daerah yang dijamin UUD atau UU Pemerintahan Daerah.¹⁴⁸

Fungsi peraturan perundang-undangan menurut Bagir Manan¹⁴⁹, merupakan fungsi internal dan fungsi eksternal, dari peraturan perundang-undangan termasuk Peraturan Daerah, yaitu:

1. Fungsi Stabilitas.

Peraturan Daerah berfungsi di bidang ketertiban dan keamanan adalah kaidah-kaidah yang terutama bertujuan menjamin stabilitas masyarakat di daerah. Kaidah Stabilitas dapat pula mencakup kegiatan ekonomi, seperti pengaturan kerja, upah, pengaturan tata cara perniagaan, dan lain-lain.

Demikian pula, di lapangan pengawasan terhadap budaya

¹⁴⁸ Jazim Jazim, 2006, *Revolusi Hukum Indonesia-Makna Kedudukan dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945* Sistem Ketatanegaraan RI, Konstitusi Press Citra Media, Jakarta-Yogyakarta. Hal.56

¹⁴⁹ Bagir Manan, 1991, *Dasar-dasar Perundang-undangan di Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta. Hal.71

luar, dapat pula berfungsi menstabilkan sistem sosial budaya yang telah ada.

2. Fungsi Perubahan

Peraturan Daerah diciptakan atau dibentuk untuk mendorong perubahan masyarakat dan juga aparatur pemerintahan, yang baik yang berkenaan dengan tata kerja, mekanisme kerja maupun kinerjanya itu sendiri. Dengan demikian, Peraturan Daerah berfungsi sebagai sarana pembaharuan (*law as social engineering*, ajaran Roscoe Pound)

3. Fungsi Kemudahan

Peraturan Daerah dapat pula dipergunakan sebagai sarana mengatur berbagai kemudahan (fasilitas). Peraturan Daerah yang berisi ketentuan tentang perencanaan tata cara perizinan, struktur permodalan dalam penanaman modal, dan berbagai ketentuan "insentif" lainnya merupakan contoh dari kaidah-kaidah kemudahan.

4. Fungsi Kepastian Hukum.

Kepastian Hukum (*rechtszekerheid, legal certainty*) merupakan asas penting yang terutama berkenaan dengan tindakan hukum (*rechtshandeling*) dan penegakan hukum (*rechtshandhaving, echtsuitvoering*). Kepastian hukum Peraturan Daerah tidak semata-mata diletakkan pada bentuknya yang tertulis. Oleh karena itu, membentuk Peraturan Daerah yang diharapkan benar-benar menjamin kepastian hukum, harus memenuhi syarat-syarat: jelas dalam perumusannya,

konsisten dalam perumusannya, dan menggunakan bahasa yang tepat serta mudah dimengerti.

Peraturan perundang-undangan yang berkarakter responsif apabila pembuatannya sejalan dengan perkembangan dan dinamika masyarakat, oleh karenanya materi muatannya merekam perkembangan masyarakat. Dalam kaitan itu, maka kesempurnaan Peraturan Daerah yang akan dibuat di daerah, disamping memenuhi aspek yuridis, juga memperhatikan aspek filosofis, sosiologis, dan aspek politis. Terakomodasinya semua aspek tersebut sebagai dasar pemikiran yang melandasi pembuatan peraturan perundang-undangan, termasuk Peraturan Daerah, maka Peraturan Daerah akan terhindar dari adanya pencabutan dan pembatalan dari pemerintah pusat, dan Peraturan Daerah akan berlaku secara efektif dan sesuai tujuan yang diharapkan.

Rosjidi Ranggawidjaja menegaskan,¹⁵⁰ bahwa suatu peraturan perundang-undangan yang baik sekurang-kurangnya harus memiliki tiga landasan, yaitu landasan filosofis, landasan sosiologis, dan landasan yuridis, bahkan ada yang menambahkannya landasan politis. Materi muatan Peraturan Daerah yang menyimpang dari landasan yuridis, mengakibatkan Peraturan Daerah tersebut dapat dibatalkan oleh pemerintah karena bertentangan dengan peraturan perundangan yang lebih tinggi. Sedangkan materi muatan Peraturan Daerah yang tidak sesuai dengan aspek filosofis dan aspek sosiologis dapat menimbulkan reaksi dari masyarakat, sehingga menuntut

¹⁵⁰ Rosjidi H Ranggawidjaja, 1998. *Pengantar Ilmu Perundang-Undangan Indonesia*. Mandar Maju, Bandung. Hal 89

Peraturan Daerah bersangkutan untuk dicabut. Akibat lebih jauh, masyarakat tidak akan mematuhi keberlakuan Peraturan Daerah tersebut.

Dengan demikian, landasan perundang-undangan yang menjadi pusat perhatian dalam pembentukan Peraturan Daerah yaitu :

1. Landasan Filosofis (*Filosofische Grongslag*)

Filsafat atau pandangan hidup sesuatu bangsa tiada lain berisi nilai- nilai moral atau etika yang pada dasarnya berisi nilai-nilai yang baik dan yang tidak baik. Nilai yang baik adalah pandangan dan cita-cita yang dijunjung tinggi tinggi dari suatu daerah tertentu. Di dalamnya ada nilai kebenaran, keadilan, kesusilaan, dan berbagai nilai lainnya yang dianggap baik. Peraturan Daerah yang baik harus berdasarkan pada semua itu. Semua nilai yang ada di Indonesia terakumulasi dalam Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa. Peraturan Daerah dikatakan mempunyai landasan filosofis (*filosofishe grondslag*) apabila rumusannya atau normanya mendapat pembenaran (*rechtsvaardiging*) dikaji secara filosofis. Jadi, ia mempunyai alasan yang dapat dibenarkan apabila sejalan dengan nilai-nilai yang baik. Misalnya, menganiaya hewan sebelum disembelih untuk keperluan suatu pesta adat (paham yang berakar dari *living law*). Jika larangan ini dikuatkan melalui Peraturan Daerah, maka ia memperoleh landasan filosofis.

2. Landasan Sosiologis (*Sociologische Grondslag*)

Suatu Peraturan Daerah dikatakan mempunyai landasan sosiologis apabila ketentuannya sesuai dengan keyakinan umum atau kesadaran

hukum masyarakat. Hal ini penting agar Peraturan Daerah yang dibuat ditaati oleh masyarakat, tidak menjadi huruf mati belaka. Hal ini berarti bahwa Peraturan Daerah yang dibuat harus dipahami oleh masyarakat, sesuai dengan kenyataan hidup masyarakat yang bersangkutan. Pada prinsipnya hukum yang dibentuk harus sesuai dengan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat, dan jika tidak sesuai dengan tata nilai, keyakinan dan kesadaran masyarakat tidak akan ada artinya, tidak mungkin dapat diterapkan karena tidak dipatuhi dan ditaati. Misalnya Peraturan Daerah Perizinan tentang Prostitusi.

3. **Landasan Yuridis (*Juridsche Grondslag*)**

Landasan yuridis adalah landasan hukum yang menjadi dasar kewenangan (*bevoegdheid, competentie*) pembuatan Peraturan Daerah. Apakah kewenangan seseorang pejabat atau badan mempunyai dasar hukum yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan atau tidak. Dasar hukum kewenangan membentuk Peraturan Daerah sangat diperlukan. Menurut Bagir Manan, dasar yuridis sangat penting dalam pembuatan peraturan karena akan menunjukkan, adanya kewenangan dari pembuat peraturan, adanya kesesuaian bentuk dengan materi yang diatur, untuk menghindari peraturan itu batal demi hukum dan agar tidak bertentangan dengan peraturan perundang yang lebih tinggi. Dengan demikian, landasan yuridis merupakan dasar hukum ataupun legalitas landasan yang terdapat dalam ketentuan hukum yang lebih tinggi derajatnya.

4. Landasan Politis

Landasan politis adalah garis kebijaksanaan politik yang menjadi dasar selanjutnya bagi kebijaksanaan-kebijaksanaan dan pengarahannya ketatalaksanaan pemerintahan Negara. Oleh karena garis politik yang dimaksud adalah GBHN, dan hal itu sudah termasuk dalam landasan yuridis, mengingat GBHN sesuai Tap MPR Nomor III/2000 merupakan salah satu jenis peraturan perundang-undangan. Keseluruhan landasan tersebut, menjadi dasar pertimbangan lahirnya rancangan UU, termasuk Peraturan Daerah. Jadi, mencakup bagian-bagian “menimbang, mengingat, dan memperhatikan”, bahkan menurut Solly Lubis¹⁵¹ termasuk di sini dasar-dasar pertimbangan dari segi keserasian dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*).

3.3.4. Pertimbangan Sosiologis Pengaturan Pembatalan Peraturan Daerah di Era Otonomi Daerah

Peraturan daerah (selanjutnya disebut perda) memiliki kedudukan yang strategis dalam kehidupan berbangsa dan bernegara atau dengan kata lain peran perda dalam melaksanakan urusan pemerintahan menjadi sangat besar. Kedudukan yang strategis dari perda dalam menjalankan urusan pemerintahan dapat menjadi baik jika pembentukan perda tersebut dilakukan dengan baik dan menjadi bumerang jika dilakukan dengan tidak baik. Jika dilihat dalam peraturan perundang-undangan, perda memiliki posisi yang unik karena

¹⁵¹ Solly Lubis, 1977. *Landasan dan Teknik Perundang-Undangan*. Alumni, Bandung. Hlm.64

meski kedudukan perda berada di bawah undang-undang, tetapi tidak terdapat kesatuan pendapat antara para pakar mengenai siapa sebenarnya yang berwenang mengujinya. Perdebatan mengenai berlakunya *executive Review* dan *judicial Review* terhadap perda menjadi pertanyaan tersendiri di era otonomi daerah saat ini mengingat perda adalah produk Kepala Daerah dan DPRD di suatu daerah yang bersifat otonom.

Selanjutnya, Sri Soemantri menjelaskan bahwa ada berbagai macam cara pembatalan perda karena ada beberapa pihak yang mempunyai hak uji terhadap perda. Hak uji dilakukan bukan hanya oleh Mahkamah Agung, tetapi juga oleh pemerintah, ada yang oleh Presiden, ada yang oleh Menteri Dalam Negeri¹⁵², sedangkan Jimly Asshiddiqie menyatakan, “Perda sebagai hasil kerja Kepala Daerah dan Dewan Perwakilan Daerah (DPRD) tidak dapat dibatalkan oleh keputusan sepihak dari pemerintah pusat begitu saja”¹⁵³. Lebih lanjut, Jimly Asshiddiqie berpendapat, bahwa pemerintah pusat sudah seharusnya tidak diberi kewenangan oleh undang-undang untuk membatalkan Perda sebagaimana diatur oleh Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, tetapi yang berwenang menguji Perda adalah Mahkamah Agung sebagaimana ketentuan Pasal 24A ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

¹⁵² Berita diambil dari situs www.hukumonline.com (27 06 2006). Senada Prof. Sri Soemantri, Direktur Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Bivitri menilai, terhadap perda dapat dilakukan *executive review* dan *judicial review*; “Sebenarnya ada dua lembaga (yang berwenang *me-review*). Pertama, (berdasarkan) Pasal 145 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 ada kewajiban mengirimkan semua perda yang sudah ditandatangani ke Departemen Negeri. dua bulan, Departemen Negeri seharusnya *me-review*. Kalau misalnya (perda) tidak sesuai perundang-undangan terkait, bisa dibatalkan. Kalau kemudian Pemda dan DPRD tidak puas, bisa *challenge* ke MA. Kemudian yang kedua (oleh) MA, melalui mekanisme *judicial review*,” tambah Bivitri

¹⁵³ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta, Konstitusi Press, 2006, hlm. 37-39.

Di dalam kepustakaan ataupun dalam praktik, dikenal ada 2 (dua) macam hak menguji (*toetsingsrecht* atau *Review*), yakni: (1) hak menguji formil (*formele toetsingsrecht*); dan (2) hak menguji materiil (*materiele toetsingsrecht*)¹⁵⁴. Yang dimaksud dengan hak menguji formil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk peraturan perundang-undangan terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau tidak. Misalnya, undang-undang adalah produk hukum yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat (Pasal 20 Amandemen Undang-Undang Dasar 1945). Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada Dewan Perwakilan Rakyat dan setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama (Pasal 5 jo 20 ayat (2) Amandemen Undang-Undang Dasar 1945). Jadi, produk hukum yang disebut undang-undang tersebut, harus dibentuk pula dengan, atau berdasarkan tata cara (prosedur) seperti telah tersebut di atas. Demikian pula perda dibentuk (ditetapkan) oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah/DPRD bersama dengan Kepala Daerah¹⁵⁵. Suatu produk hukum tidak dapat disebut perda apabila hanya ditetapkan oleh Gubernur/Bupati/Walikota saja, tanpa disetujui oleh DPRD. Tegasnya bahwa hak uji formil berkaitan dengan bentuk atau jenis peraturan perundang-undangan yang dibentuk serta tata cara (prosedur) pembentukannya.

¹⁵⁴ Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung* *Praktik Sehari-hari* (Upaya Penanggulangan Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan Mahkamah Agung), Jakarta, PT. Pustaka Sinar Harapan, 2001, hlm. 127

¹⁵⁵ Pasal 236 ayat (2) d Undang- Undang Nomor 23 Tahun 2014

Sedangkan yang dimaksud dengan hak menguji materiil adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Jadi hak menguji materiil berkenaan dengan isi dari suatu perundang-undangan dalam hubungannya dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya¹⁵⁶.

Selain itu, mekanisme pembatalan perda dapat disebut juga sebagai mekanisme pengujian, tetapi tidak dilakukan oleh lembaga kehakiman (*judiciary*) ataupun oleh legislator melainkan oleh lembaga pemerintahan eksekutif tingkat atas (pusat)¹⁵⁷. Akan tetapi, barometer pengukur atau penilai yang dipakai oleh lembaga penguji, dalam hal ini pemerintah pusat, bukanlah Undang-Undang Dasar tetapi hanya undang-undang. Alasan pembatalan peraturan-peraturan daerah itu semata-mata karena peraturan-peraturan daerah itu dinilai melanggar ketentuan undang-undang yang lebih tinggi derajatnya dalam hirarki peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Karena itu pengujian yang demikian tidak dapat disebut sebagai pengujian konstusionalitas (*constitutional Review*)¹⁵⁸.

Dengan telah ditetapkannya UU N0. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, maka ada beberapa hal baru yang diatur didalamnya. Salah satunya adalah pendelegasian kewenangan pembatalan Perda Kabupaten/Kota. Seperti

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, Bandung, Nusa Media, 2009, hlm. 134.

¹⁵⁸ Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta, Konstitusi Press, 2005, hlm. 74-75.

yang diketahui, dalam Pasal 145 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana telah diubah beberapa kali terakhir dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, disebutkan bahwa pembatalan Perda Kabupaten/Kota ditetapkan dengan Peraturan Presiden.

Akan tetapi dalam UU N0. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah yang mencabut UU Pemerintahan Daerah sebelumnya, disebutkan bahwa kewenangan Pembatalan Perda Kabupaten/Kota didelegasikan kepada Gubernur sebagai Wakil Pemerintah Pusat dan pembatalannya ditetapkan dengan Keputusan Gubernur. Hal ini diatur dalam ketentuan Pasal 251 ayat (2) dan ayat (4) UU Pemerintahan Daerah yang baru. Selanjutnya dalam Pasal 251 ayat (3) UU Pemerintahan Daerah diatur pula bahwa apabila Gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat tidak membatalkan Perda Kabupaten/Kota yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan, Menteri Dalam Negeri mengambil alih kewenangan membatalkan Perda Kabupaten/Kota.

Ada beberapa konsekuensi yang kemudian muncul terkait pengaturan tersebut, antara lain :

1. Sejak adanya Keputusan Pembatalan, maka paling lama 7 (tujuh) Hari setelah keputusan pembatalan diterbitkan, Bupati/Walikota harus menghentikan pelaksanaan Perda dan selanjutnya DPRD bersama kepala daerah mencabut Perda dimaksud (Pasal 251 ayat (5)).

2. Dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah kabupaten/kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan Perda Kabupaten/Kota dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan, Bupati/WaliKota dapat mengajukan keberatan kepada Menteri paling lambat 14 (empat belas) Hari sejak keputusan pembatalan Perda Kabupaten/Kota (Pasal 251 ayat (8)).
3. Apabila penyelenggara Pemerintahan Daerah kabupaten/kota masih memberlakukan Perda yang oleh Gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat, maka dikenai sanksi administratif dan/atau sanksi penundaan evaluasi rancangan Perda (Pasal 252 ayat (1) dan ayat (2)). Sanksi administratif yang dikenakan kepada kepala Daerah dan anggota DPRD berupa tidak dibayarkan hak-hak keuangan yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan selama 3 (tiga) bulan (Pasal 252 ayat (3)). Sanksi juga tidak diterapkan pada saat penyelenggara Pemerintahan Daerah masih mengajukan keberatan kepada Menteri untuk Perda Kabupaten/Kota (Pasal 252 ayat (4)).
4. Khusus berkenaan sanksi terhadap pemberlakuan Perda Pajak Daerah dan Retribusi Daerah, maka dalam hal penyelenggara Pemerintahan Daerah kabupaten/kota masih memberlakukan Perda mengenai pajak daerah dan/atau retribusi daerah yang dibatalkan oleh Menteri atau dibatalkan oleh Gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat, dikenai sanksi penundaan atau pemotongan DAU dan/atau DBH bagi Daerah bersangkutan (Pasal 252 ayat (5)).

Tentunya harapannya adalah tidak terjadinya pembatalan, oleh karenanya sangat penting untuk menindaklanjuti hasil klarifikasi Gubernur. Atau mengkonsultasikan terlebih dahulu Perda pada saat masih berbentuk Rancangan kepada instansi vertikal atau horizontal terkait. Hal ini dimaksudkan agar rancangan Perda disusun atas dasar kebutuhan masyarakat atau dengan pertimbangan memperhatikan secara sungguh-sungguh apa yang menjadi kepentingan masyarakat. Dengan kata lain secara responsive pembentuk Perda sebesar mungkin memperhatikan apa yang menjadi kepentingan atau kebutuhan masyarakat.

Dengan demikian agar dikemudian hari jika rancangan Perda telah menjadi Perda, tidak akan terjadi penolakan baik dalam bentuk *executive review* maupun dalam bentuk *legislative review* dan *judicial review*. Dengan kata lain untuk menghindari agar perda tidak dilakukan akan ketiga hal tersebut, maka Perda harusnya dibuat secara responsif dan benar dan dibuat oleh lembaga yang secara konstitusional berwenang untuk itu dan lembaga yang benar.

BAB V

PENUTUP

5.1 Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian yang telah dilakukan sebagaimana pemaparan di atas, berikut kesimpulan yang dapat disampaikan, yakni:

1. Ratio Legis pengaturan pembatalan peraturan daerah dalam politik hukum nasional tentang otonomi daerah adalah meminimalisir peraturan yang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan. Pengaturan pembatalan peraturan daerah sebagai konsekuensi dari penyelarasan dan harmonisasi peraturan maupun kebijakan antara pusat dan daerah. Hal tersebut dikarenakan meskipun setiap daerah memiliki otonomi sebagai prinsip dari desentralisasi, akan tetapi pada dasarnya setiap peraturan harus mencerminkan kesatuan dan persatuan seperti yang terkandung dalam Pancasila sebagai dasar tujuan negara.
2. Kewenangan tunggal pembatalan peraturan daerah oleh Mahkamah Agung pasca putusan Mahkamah Konstitusi secara konstitusional telah diatur dalam Pasal 24A Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pengujian legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undnag- undnag terhadap undnag-undang atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dilakukan oleh Mahkamah Agung melalui *judicial review*. Pengaturan tersebut menunjukkan bahwa pembatalan peraturan daerah oleh

Mahkamah Agung adalah tidak bertentangan dengan politik hukum nasional tentang otonomi daerah. Kendati pengujian peraturan daerah bukan merupakan hal baru bagi Mahkamah Agung, akan tetapi dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi telah menutup celah lain dalam pengujian peraturan daerah dan menjadikan Mahkamah Agung satu-satunya pintu yang berwenang membatalkan peraturan daerah.

5.2 Saran

1. Atas pertimbangan mengakomodasikan nilai-nilai lokal sebagai konsekuensi diberlakukannya otonomi daerah, sudah saatnya pemerintah meninjau kembali pengaturan pengujian perda yang selama ini menjadi kewenangan pemerintah. Dalam arti kata mendesak untuk dilakukan revisi (legal reform) terhadap peraturan perundang-undangan yang ada, khususnya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah sehingga perwujudan dari pengujian perda yang ada tidak serta-merta menggunakan parameter absolut yang dalam kenyataannya justru menegasikan nilai-nilai lokal kedaerahan.
2. Perwujudan dalam bentuk revisi (legal reform) maupun pembentukan peraturan perundang-undangan yang baru dalam upaya mengatasi bias kewenangan yang ada, sudah saatnya pemerintah melakukan pengaturan dengan menambah fungsi dan kewenangan Mahkamah Agung.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Astim Riyanto. *Teori Konstitusi*. Bandung : Yapemdo. 2000.
- Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Di Indonesia – Edisi Revisi*, (Jakarta : Sinar Grafika, , 1996).
- Anthon F. Susanto, *Wajah Peradilan Kita, Konstruksi Sosial tentang Penyimpangan, Mekanisme Kontrol dan Akuntabilitas Peradilan Pidana*, Refika Aditama, Bandung, 2004.
- Ateng Syaifudin. *Sistem-sistem Pemerintahan Negara-negara ASEAN*. Bandung: Tarsito, 1985.
- B. Arief Sidharta, 2000, *Wajah hukum di era Reformasi: kumpulan Karya Ilmiah Menyambut 70 Tahun Prof. Dr. Satjipto Rahardjo*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Bachsas Mustofa. *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2001.
- Bagir Manan, 1991, *Dasar-dasar Perundang-undangan di Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta.
- Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*. (Yogyakarta:Pusat Studi Fakultas Hukum UII, 2001).
- Bagir Manan, -----,1993, *Perjalanan Historis Pasal 18 UUD 1945 (Perumusan dan Undang-Undang Pelaksananya)*, (Kerawang : Unsika).
- Bagir Manan. *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*. Jakarta:Pustaka Sinar Harapan, 1994.
- Bajongga Aprianto, 2006, *Problematika Hukum Hak Uji Materiil dan Formil Peraturan Daerah*, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Benyamin Hoesrin. *Good Governance*. Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1994.
- C.F. Strong, *Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*, diterjemahkan menjadi *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern, Kajian Tentang Sejarah*

dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia oleh SPA Teamwork, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004).

Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, (Bandung : Nuansa dan Nusamedia, 2004).

Charles Stamford, *The Disorder of Law, A Critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, 1989.

Deliarnor, *Perkembangan Pemikiran Ekonomi*, (Jakarta:PT Raja Grafindo Persada, 1997).

Djohansyah Djohan. *Demokrasi dan Pemerintahan Daerah*. Jakarta : Balai Pustaka, 1998.

F.A.M. Stroink dalam Abdul Rasyid Thalib. *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Aplikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006.

A. Gunawan Setiardja. *Dialektika Hukum dan Moral dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*. Yogyakarta: Kanisius, 1990.

Hans Kelsen, dalam Astim Riyanto, 2000. *Teori Konstitusi*, (Bandung : Yapemdo. 2000).

HAW Widjaja, 2001, *Otonomi di Titik Beratkan pada Daerah Tingkat II*, Penerbit PT Grafindo Persada, Jakarta.

Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung Dalam Praktik Sehari-hari* (Upaya Penanggulangan Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan Mahkamah Agung), (Jakarta: PT. Pustaka Sinar Harapan, 2001).

Hestu B.Cipto Handoyo, 2009, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Penerbit Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.

Hilaer Barnett, *Constitutional And Administrative Law*, (London : Queen Mary, University, of London Cavendish Publishing Limited : 2002).

Indroharto. *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*, dalam Paulus Efindie Lotulung, Himpunan Makalah Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994.

Irfan Fachruddin. *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*. Bandung: Alumni, 2004.

Jerome A. Barron and C. Thomas S., *Constitutional Law*, (St. Paul Menn-West Publishing Co., 1986),

Jazim Jazim, 2006, *Revolusi Hukum Indonesia-Makna Kedudukan dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Konstitusi Press Citra Media, Jakarta-Yogyakarta.

Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, (Yogyakarta: FH UII PRESS, 2005)

Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006)

Jimly Assyiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (PT.Bhuana Ilmu Populer, Jakarta 2007),

Jimly Asshiddiqie. *Perihal Undang-Undang*. Jakarta : Konstitusi Press. 2005.

Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005).

John Rawls, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006).

Josef R. Kaho. *Prospek Otonomi daerah Di Negara republik Indonesia*. Yogyakarta : Raja Grafindo, 1997.

Karl Marx, 2004, *Kapital Sebuah Kritik Ekonomi Politik, Buku Pertama:Proses Produksi Kapital*, terjemahan *Das Kapital, Kritik der Politisehen Oekonomie (Penerbit:Hamburg Verlag von Otto Meisner 1867)*, Terjemahan dalam Edisi Bahasa Indonesia diterbitkan di Jakarta oleh Hasta Mitra.

KPPOD-PEG USAID, *Laporan Program Review Perda, Kajian Perda*, Jakarta, Agustus 2002.

Lawrence M. Friedman, 1984 *American Law*, (New York: W.W Norton and Company).

Mahfud, MD.*Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*. Jakarta : PT.Rineka Cipta, _____

Maria Farida Indriati Soeprapto. *Ilmu Perundang-Undangan, Dasar-*

Dasar Dan Pembentukannya. Yogyakarta : Kanisius, 1998.

Mariam Budirahardjo. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta : Gramedia, 1997.

Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Clarendon Press – Oxford, 1989),

Meuwisen, arti sociale rechtstaat sama dengan welvaartstaat dalam kata-kata : de moderne sociale rechtsstaat of welvaarsstaat,...", Lihat S.W. Couwenberg, 1981, *Modern Constitutioneel Recht en Emancipatie van den Mens, Deel I*, van Grocum, Assen

Mochtar Kusumaatmadja. *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*. Atmadja, Binacipta, ____.

Ni' matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, (Yogyakarta: UII Press. 2005)

Paulus Effendi Lotulung, *Laporan Akhir Dan Evaluasi Hukum tentang Wewenang Mahkamah Agung dalam Melaksanakan Hak uji Materil (judicial review)*, (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Departemen hukum Perundang- undangan Ri tahun 1999/2000),

Moh. Kusnardi dan Ibrahim Harmaily, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, 1988).

Montesquieu, *The Spirit of Laws*, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, diterjemahkan oleh M. Khoiril Anam, (Bandung: Nusamedia, 2007).

Muchsan, 1992. *Sistem Pengawasan terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*. (Yogyakarta:Liberty, 1992).

Muh Kusnardi dan Bintang R Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem Undang-Undang Dasar 1945*, (Jakarta: PT Gramedia, 1983).

Munir Fuady, 2010, *Konsep Negara Demokrasi*, Refika aditama, Bandung.

Murphy, Mark C., 2007. *Philosophy of Law, The Fundamentals*. Australia: Blackwell Publishing.

- Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, (Bandung: Nusa Media, 2009).
- P. Rosodjatmiko, *Pemerintahan di Daerah Dan Pelaksanaanya*, (Tarsito Bandung, Tarsito, 1982),
- Padmo Wahjono. *Pembangunan Hukum di Indonesia*. Jakarta : Indonesia Hill Co. ,1998.
- Philippus M Hadjon, *perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987
- Prakosa, Djoko. *Proses Pembentukan Daerah dan Beberapa Usaha Penyempurnaannya*. (Jakarta : Ghalia Indonesia, 2005).
- Prodjodikoro Wirjono, *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*, (Jakarta Timur: Dian Rakjat, 1983).
- R. Joeniarto,1992, *Perkembangan Pemerintahan Lokal*, Penerbit Bumi Aksara, Jakarta
- Rosjidi H Ranggawidjaja, 1998. *Pengantar Ilmu Perundang-Undangan Indonesia*. Mandar Maju, Bandung.
- Rozali Abdullah. *Pelaksanaan Otonomi Luas dan Isu Federalisme Sebagai Suatu Alternatif*. Jakarta:Rjawali Pers,1999.
- Siti Fatimah, *Praktik Judicial Review di Indonesia: Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Pilar Media. 2005),
- S.W. Couwenberg,1981,Modern Constitutioneel Rechten Emancipatie vandenMens, Deell,vanGrocum,Assen.
- Satjipto Rahardjo, *Pemanfaatan Ilmu-ilmu Sosial bagi Pengembangan Ilmu Hukum* Bandung: Alumni, 1977.
- Siswanto Sunarno, *Hukum Pemerintahan Daerah Di Indonesia*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2006).
- Soekidjo Notoatmodjo. *Metodologi Penelitian Kesehatan*. Jakarta : Rineka Cipta, 2005.
- Soemitro. dalam Rianto Adi. *Metodologi Penelitian Sosial dan Hukum*, Jakarta : Granit, 1983.
- Soerjono Soekamto. *Faktor Yang Mempengaruhi Penegakkan*

- Hukum*. Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2004.
- Solly Lubis, 1977. *Landasan dan Teknik Perundang-Undangan*. Alumni, Bandung.
- Sri Soemantri M. *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*. Bandung : Alumni, 1992
- Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Bandung, Alumni, 1997
- Stout HD, de Betekenissen van de wet, dalam Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, (Bandung: Alumni, 2004).
- Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Bandung : Citra Aditya Bakti, 1993.
- Suwoto Mulyosudarmo. *Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik dan Yuridis Pertanggungjawaban Kekuasaan*. Surabaya: Universitas Airlangga, 1990.
- Syarif Saleh. *Pengantar Ilmu Perundang-undangan Indonesia*. Bandung : Mandar Maju, Bandung, 1982.
- Tahir Azhari, *Negara Hukum*, PT. Bulan Bintang, Jakarta, 1992
- Taliziduhu Ndraha. *Budaya Organisasi*. Jakarta : Rineka cipta, 1997.
- W.Friedman, 1993. *Teori & Filsafat hukum: Telaah Kritis Atas Teori-Teori hukum (Susunan I)*, Judul Asli: *Legal Theory*, Penerjemah: Mohamad Arifin, Cetakan Ke-dua, Jakarta: PT Grafindo Persada.
- Wajong. *Sistem Multi Partai : Tinjauan Sejarah*. Yogyakarta :Pustaka Pelajar, 1983.
- Widodo Ekathahjana, *Pengujian Peraturan Perundang-Undangan Dan Sistem Peradilannya di Indonesia*, Pustaka Sutra, Jakarta, 2008.
- Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review Di Mahkamah Agung Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-Undang*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2009
- Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*,(Jakarta Timur: Dian Rakjat, 1983).

Jurnal / Makalah

- AL. Andang L. Binawan, 2005, “”Menurut Logika Legislasi”, *Jentera Jurnal Hukum*, Edisi 10 –Tahun II Oktober 2005.
- AM. Mujahidin. “Pemulihan Hukum Yang Berkeadilan Di Era Reformasi Menuju Kesejahteraan Masyarakat” *Jurnal Varia Peradilan* No.301 Desember 2010.
- Arfan Faiz M. “Reposisi Lembaga Pendidikan Hukum dalam Proses Legislasi di Indonesia”, *Jurnal Konstitusi MKRI*, Vol.6, Nomor 2, Juli 2009.
- Claire Kilpatrick, *Has New Labour Reconfigured Employment Legislation?* (Industrial Law Journal : Vol. 32, No.3, September 2003).
- Fatkurohman, 2009, “Pengaruh Otonomi Daerah Terhadap Hubungan Pemda di bidang Regulasi untuk menangani Perda Bermasalah (Studi di Kabupaten Malang)”, *Jurnal Hukum Yustisia*, FH UNS Surakarta, Tahun XXI. Januari-April 2010.
- Fatkurohman, *Implikasi pembatalan perda terhadap ketepatan proporsi teori penegakan hukum dalam sistem peradilan di Indonesia*, makalah – hasil penelitian fundamental dikti, kemendikbud 2011-Jurnal Dinamika Hukum, Vol.13 No.1 Tahun 2013.
- H.M. Arsyad Sanusi, “Keadilan Substantif dan Problematika Penegakannya”, *Jurnal Varia Peradilan* No. 288 November 2009.
- I Gede Pantja Astawa, *Kajian Atas Peraturan Daerah Dalam Perspektif Hukum Pemerintahan Daerah dan Hukum Perundang-undangan*, Makalah, Bandung 20 Februari 2002,
- Imam Koeswahyono, “Partisipasi Masyarakat Dalam Proses Pembuatan Kebijakan Negara Suatu Telaah Plurarisme Hukum” *Jurnal Arena Hukum*, Fak. Hukum Universitas Brawijaya, Nomor 3 Tahun 2 Januari 2009.
- Jazim Hamidi, *Paradigma Baru Pembentukan dan Analisis Peraturan Daerah (Studi atas Perda Pelayanan Publik dan Perda Keterbukaan Informasi Publik)*, Jurnal Hukum No.3, Vol 18, Juli 2011
- Jimly Asshiddiqie, “Peraturan Daerah Sebagai Bagian Integral

- Dari Peraturan Perundang-undangan dalam Negara Hukum RI”, *Jurnal Legislasi Daerah Edisi I* Januari-April 2010.
- Laica Marzuki, “Hakekat Desentralisasi dalam Sistem Ketatanegaraan RI”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 4 No. 1 Maret 2007.
- Laica Marzuki, 2009. “Prinsip-Prinsip Pembentukan Peraturan Daerah”, *Jurnal Konstitusi MKRI*, Vol. 6 Nomor 4, November 2009.
- Luthfi Widagdo Eddyono, “Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 7 No.3 Juni 2010.
- M.Sapta Murti, “Harmonisasi Peraturan Daerah dengan Peraturan Perundang-Undangan Lainnya”, *Jurnal Legislasi Daerah Edisi II*, Mei-Agustus 2010.
- Macmud Aziz, “Pengujian Peraturan Perundang-undangan dalam sistem Peraturan Prundang-undangan Indonesia” , *Jurnal Konstitusi*, Volume 7 Nomor 5, Oktober 2010.
- Maria Farida Indriarti S, 2010. “kedudukan Peraturan Daerah dalam sistem Hukum di Negara republik Indonesia”, *Jurnal Legislasi daerah*, DPRD’ Provinsi jatim, Edisi II Tahun 2010.
- Ni’matul huda 2008. “Problematika Yuridis Di Seputar Pembatalan Perda”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 5, Nomor 1, Juni 2008.
- Pajak Retribusi, Peraturan Daerah Bermasalah tak Berlaku, *Kompasi*, Jumat, 24 Agustus 2012.
- Philipus M. Hadjon. Tentang Wewenang, Makalah, Universitas Airlangga, Surabaya, tanpa tahun
- Purwanto, “Konsep Pengembangan Pengaturan Sistem Pengawasan Pelaksanaan Jabatan Notaris Di Indonesia” *Jurnal Risalah Hukum*, Fak. Hukum Universitas Mulawarman, Vol. 5 Nomor 2 Desember 2009.
- Pusat Studi Konstitusi Andalas, “Perkembangan Pengujian Perundang- undangan di Mahkamah Konstitusi” , *Jurnal Konstitusi*, Vil.7 No.6 Desember 2010.
- Romi, “Kajian Terhadap Prinsip Keadilan Dalam Pemungutan Pajak di Indonesia” *Jurnal Media Hukum*, Vol. 16 No. 2 Desember 2009.

Rusadi Kantaprawira, Hukum dan Kekuasaan, Makalah, Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia, 1998.

Safri Nugraha, "Problematika Dalam Pengujian dan Pembatalan Perda Oleh Pemerintah Pusat", *Jurnal hukum Bisnis*, Vol 23-No.1 – Tahun 2004.

Satjipto Rahardjo, "Rekonstruksi Pemikiran Hukum Di Era Reformasi", Makalah pada Seminar Nasional Menggugat Pemikiran Hukum Positivistik di Era Reformasi, Semarang, 22 Juli 2000.

Sjahran Basah, *Permasalahan Arti Kepentingan Umum*, Pro Justitia, Majalah FH-UNPAR, (Bandung : Nomor 18 Juni 1983).

Sjahran Basah. *Permasalahan Arti Kepentingan Umum*, Pro Justitia, Majalah FH-UNPAR, Bandung : Nomor 18 Juni 1983.

Slamet Suhartono, " Norma Samar (Vage Normen) sebagai Dasar Hukum Pengambilan Keputusan Tata Usaha Negara", *Jurnal Yustisia* FH Universitas Sebelas Maret Surakarta, Edisi Nomor 79, Januari- April 2010.

Suhariningsih, Makalah : Menyeimbangkan kepastian hukum dan keadilan dalam penegakan hukum (kajian aspek etika moral), 2013

Umbu Lily Pekuwati, "Eksistensi Perda dalam Mewujudkan Kesejahteraan Masyarakat", *Jurnal Yustisia* FH Universitas Sebelas Maret Surakarta, Edisi Nomor 79, Januari-April 2010.

Usman FH, "Urgensi Program Legislasi daerah Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan daerah Edisi III, September-Desember 2010.

Internet

Boy Yendra Tamin, SH.MH, [Fungsi Legislasi Dprd Dan Pembentukan Peraturan Daerah](http://boyendratamin.com/artikel-9-fungsi-legislasi-dprd-dan-pembentukan-peraturan-daerah.html), diunduh dari [http:// boyendratamin.com /artikel-9-fungsi- legislasi - dprd- dan-pembentukan-peraturan-daerah. html](http://boyendratamin.com/artikel-9-fungsi-legislasi-dprd-dan-pembentukan-peraturan-daerah.html)

Dian Rositawati, <http://cukupsudah.wordpress.com/2010/02/14/pengertian-judicial-review/>, terakhir diakses 23 Januari 2011

<http://paulusmtangke.wordpress.com/politik-hukum-nkri/>,

Hukumonline.com, Praktik Legislative Review dan Judicial Review di Indonesia, 2012. Diakses Pada tanggal 02 Mei 2012 dari situs: <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/c11105/praktik-legislative-review-dan-judicial-review-di-indonesia>

Lihat Rakyat Merdeka Online- Kemendagri Tuding UU Pemda jadi Penyebab Utamanya, <<http://m.rmol.co/news.php?id>>

